

UNIVERSIDAD NACIONAL “PEDRO RUIZ GALLO”

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD



TÍTULO:

“LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A MENORES INFRACTORES A LA LEY PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”

PRESENTADO POR: CARMEN ZORAIDA AMEGHINO BAUTISTA

LAMBAYEQUE 2015

**LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A MENORES INFRACTORES
A LA LEY PENAL DESDE LA PERSPECTIVA
DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Dr. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA

Asesor

**Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad
Nacional “Pedro Ruiz Gallo” para optar el grado
académico de:**

**Maestro en Derecho con mención en Constitucional y
Gobernabilidad.**

APROBADO POR:

DR. VICTOR ANACLETO GUERRERO
Presidente de Jurado

DR. FREDY HERNÁNDEZ RENGIFO
Secretario de Jurado

Dr. MARIANO LARREA CHUCAS
Vocal

Agosto del 2015

DEDICATORIA:

Quiero dedicarle este trabajo
A Dios por todo lo que me ha
brindado en la vida y fortaleza para
terminar la investigación.

A mis Padres por ser mi guía de
superación e inculcarme valores; a
mis hijos Cristhian y Kevin, por ser
fuente de mi inspiración y a mi
cónyuge por su apoyo y
comprensión.

AGRADECIMIENTO:

La presente Tesis es un esfuerzo en el cual,
directa e indirectamente, participaron varias
personas, entre ellos a mi asesor de la presente
tesis, a los miembros del jurado así como a las
áreas de informática que laboran en el Distrito
Judicial y Distrito Fiscal de Lambayeque
quienes han proporcionado información para la
investigación y culminar satisfactoriamente.

ÍNDICE

RESUMEN	09
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	17
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	20
3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	22
3.1. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.	22
3.1.1. JUSTIFICACIÓN.	22
3.1.2. IMPORTANCIA.	27
3.2. OBJETIVOS.	29
3.2.1. OBJETIVO GENERAL.	29
3.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.	29
4. HIPÓTESIS.	30
5. VARIABLES E INDICADORES.	31
5.1. Variables	31
5.1.1. Independientes.	31
5.1.2. Dependientes	31
5.1.3. Indicadores	31
6. MARCO METODOLÓGICO.	32
6.1. Delimitación de la Investigación.	32
6.1.1. Espacial.	32
6.1.2. Temporal.	32
6.2. Diseño de Contrastación de hipótesis.	32
7. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS FUNDAMENTALES.	36

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

2.1. Consideraciones Previas.	39
-------------------------------	----

2.2. La Constitución.	43
2.3. La Dignidad Humana, Valor Fundamental de la Sociedad.	45
2.4. La Dignidad Humana, Fundamento de los Valores Superiores.	45
2.5. La dignidad humana y el Derecho	47
2.6. Fundamentos de la dignidad humana.	48
2.7. El principio de dignidad de la persona.	50
2.8. La triple dimensión de la dignidad humana.	51
2.8.1. La dignidad humana como valor.	51
2.8.2. La dignidad humana como principio.	53
2.8.3. La dignidad humana como derecho fundamental.	55
2.9. Los Instrumentos Convencionales Internacionales.	58
2.9.1. La Carta de las Naciones Unidas.	60
2.9.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.	62
2.9.3. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.	64
2.9.4. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	64
2.10. El Ámbito Constitucional de la Dignidad Humana.	65
2.11. Principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución.	66
2.12. Los derechos fundamentales de la persona humana.	72
2.13. Debido proceso y organismos reguladores.	75
2.14. Consideraciones Finales.	76

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO DEL MENOR INFRACTOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA

3.1 Referencias Históricas.	77
3.1.1. En el Derecho Antiguo.	78
3.1.2. En la Edad Media.	78
3.1.3. En la Edad Moderna.	79
3.1.4. En la Edad Contemporánea.	80
3.2. Antecedentes legislativos en algunos países europeos.	84

3.3. Antecedentes Legislativos en algunos Países Americanos.	89
3.4. Legislación Latinoamericana en materia de menores infractores.	94
3.5. Surgimiento de la Justicia Penal Juvenil en el Perú.	95
3.5.1. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924.	95
3.5.2. EN EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962.	101
3.5.3. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 1992.	103
3.5.4. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL 2000.	104
3.5.5. EL DECRETO LEGISLATIVO 990.	104

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PERÚ

4.1. Exordio.	107
4.2. La Doctrina de la Protección Integral.	109
4.3. El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.	113
4.4. Principios Garantistas en el Procesamiento al Adolescente Infractor	120
4.5. Las Medidas Socioeducativas en el sistema de Responsabilidad Juvenil.	122
4.6. Jurisdicción y Competencia en el proceso de los adolescentes infractores.	125
4.7. El sujeto activo en el sistema de justicia penal juvenil peruano.	126
4.8. Las Garantías Sustantivas, Procesales y de Ejecución Justicia Penal Juvenil.	130
4.8.1. Garantías Sustantivas.	130
4.8.2. Principio de Legalidad.	132
4.9. Principio de Humanidad.	141
4.10. Garantías Procesales.	144
4.10.1. Principio de Jurisdiccionalidad.	145
4.10.2. Principio del Contradictorio.	151
4.10.3. Principio de Presunción de Inocencia.	154
4.11. Garantías de la Ejecución de las Medidas.	158

CAPÍTULO V

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, DOCTRINA ADMITIDA EN EL ÁMBITO JURÍDICO COMO PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

5.1.	Preludio.	160
5.2.	El Sistema Internacional de Protección de los Derechos del Niño y su recepción en el derecho peruano.	163
5.2.1.	El Sistema Internacional de protección de los Derechos del Niño.	165
5.2.2.	La Protección jurídica de la Infancia.	165
5.3.	El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño.	167
5.4.	El principio constitucional de protección del interés superior.	168
5.5.	La protección del interés superior del niño, niña y adolescente.	171
5.5.1.	El principio del interés superior del niño.	174
5.5.2.	El interés superior del niño y su prevalencia en el proceso.	176
5.5.3.	El Interés Superior.	177
5.5.4.	El principio del interés superior del niño: la Jurisprudencia.	180

CAPÍTULO VI

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

6.1.	Perspectiva de la Justicia Restaurativa.	181
6.1.1.	Origen y Definiciones.	181
6.1.2.	Justicia restaurativa.	182
6.1.3.	Modelos Retributivo y Restaurativo.	186
6.2.	Aplicación.	188
6.3.	Tipología de la Justicia Restaurativa.	190
6.4.	Ventana de Disciplina Social.	191
6.4.1.	Beneficios de la Justicia Restaurativa.	191

6.5.	Normativa Internacional.	195
6.6.	Principios de la Justicia Restaurativa.	196

CAPÍTULO VII

MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN, A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

7.1.	Preludio.	204
7.2.	Noción de medidas de protección.	204
7.3.	Finalidad de la adopción de las medidas de protección.	205
7.4.	Naturaleza de la autoridad competente de medidas de protección.	206
7.5.	Criterios para la adopción y ejecución de las medidas de protección.	215
7.6.	La regulación relativa a la adopción de medidas de protección.	216
7.7.	El principio de proporcionalidad en la medida de protección.	220

CAPÍTULO VIII

RESULTADOS, ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

8.1.	Aspectos metodológicos de la investigación de campo.	225
8.2.	Resultados; análisis de los resultados y discusión.	225
8.3.	Fundamento de la modificación de la norma.	235
8.4.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.	237
9.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	246
	A.- CONCLUSIONES.	246
	B.- RECOMENDACIONES.	248
10.	PROPUESTA DE LEY.	251
11.	BIBLIOGRAFÍA .	257
12.	ANEXOS.	275

Resumen

En los sistemas democráticos la edad de responsabilidad penal se sitúa entre los 14 y los 18 años, franja de edad que corresponde con el periodo de la adolescencia. Se considera que en esa etapa de la vida las personas que se encuentran en pleno desarrollo intelectual, emocional y moral, por lo que, si se interviene a tiempo, sus posibilidades de rehabilitación, mejorar en la conducta, son superiores a la de los adultos.

A partir de la aprobación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), se establece una visión inicial de protección al menor; no solo en el respeto a las garantías procesales básicas, sino también en las decisiones que emita el sistema de Administración de Justicia; pues dichas decisiones tendrán que ajustarse a principios rectores en busca del bienestar del menor, aplicando para ello el principio de proporcionalidad entre las circunstancias y la infracción cometida.

Pero, es con la entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño (considerado todo ser humano menor de dieciocho años), que los Estados Partes se obligan a cumplir con lo definido y diseñado en ese instrumento y además, reconocen la Doctrina de Protección integral del Niño donde se establece que el menor no comete delitos sino infracciones a la ley penal.

Para la aplicación de dicho enunciado se tuvo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño; no solo como un conjunto de garantías necesarias para el bienestar del niño; sino que también se establece la caracterización jurídica específica al niño y adolescente fundada en sus derechos prevalentes e inherentes, a cuya virtud se les protege de posibles vulneraciones y se garantiza de manera excepcional sus derechos. Aunándose a ello, se suma el reforzamiento de los principios especiales de administración de justicia

juvenil establecidos en las Directrices de RIAD.

Es a través de este proceso que la orientación de la legislación en el caso del Perú, se plasma en el Código de los Niños y Adolescentes, cuerpo normativo establece y diseña un tratamiento especial al Adolescente Infractor de la Ley Penal, tanto en las garantías como en las reglas procesales mismas, basadas en la protección especial máxima. En este proceso evolutivo, no solo la doctrina ha permitido configurar los derechos y garantías procesales de la llamada justicia penal juvenil, sino que también existe un desarrollo jurisprudencial obligatorio, más aún con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal donde se insertan mayores garantías a las ya establecidas en el Artículo VII del T.P. y el artículo 192 del C.N.A.

La presente tesis denominada “las medidas de protección a menores infractores a la ley penal desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad” pretende que se regule las medidas de protección a los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido a la ley penal de acuerdo a los estándares internacionales, a la luz del paradigma de la doctrina de protección integral, el principio del interés superior del niño y adolescente, toda vez que en la actualidad su tratamiento legal como infractor, es desigual y discriminatorio frente a los adolescentes mayores de catorce años y adultos, lo cual conlleva a la vulneración de sus derechos constitucionales, pues siendo ello así, esta tesis propone adoptar medidas de protección que permitan garantizar el desarrollo biopsico emocional del investigado y así contribuir con su proyecto de vida de manera digna y ser un ciudadano comprometido en el desarrollo de la sociedad.

Estamos convencidas que la presente investigación será de gran utilidad para todos los profesionales interesados en los temas de la infancia y en particular de los abogados, jueces y fiscales que desde sus respectivos espacios de trabajo se esfuercen por promover la protección integral de los derechos de la infancia y adolescencia en el marco de un desarrollo social equitativo que favorezca la construcción de sociedades más democráticas, justas y pacíficas.

ABSTRACT

In the democratic systems the age of penal responsibility places between the 12 and 18 years, band of age that corresponds with the period of the adolescence. It is considered that in this stage of the life the persons who are in full intellectual, emotional and moral development, for what, if it is controlled in time, his possibilities of rehabilitation are superior to those of the adults.

From the approval of the Minimal Rules of the United Nations for the Administration of Minors' Justice (Rules of Beijing), an initial vision of protection is established to the minor; not only in the respect to the procedural basic guarantees but also in the decisions that there issues the system of Administration of Justice; since the above mentioned decisions will have to adjust to governing beginning in search of the well-being of the minor, applying for it the beginning of proportionality between the circumstances and the committed infraction.

But it is with the entry in force of the Convention of Laws of the Child (considered quite to be an eighteen-year-old minor human being), that You Divide the States they bind to expire with the definite thing and designed in this instrument and in addition, they admit the Doctrine of integral Protection of the Child where it is found that the minor does not commit crimes but infractions to the penal law.

For the application of the above mentioned terms of reference there was born in mind the Beginning of the Top Interest of the Child; not only as a set of guarantees necessary for the well-being of the child; but also the juridical characterization is established it specifies the child and teenager been founded on his rights prevalentes and inherent, to whose virtue protects them from possible violations and guarantees in an exceptional way his rights. Combining to it, there adds the reinforcement of the special beginning of administration of juvenile justice established in the Directives of RIYADH.

It is across this process that the orientation of the legislation in case of Peru, takes form of the Code of the Children and Teenagers, normative body that establishes and designs a special treatment to the Inobservant Teenager of the Penal Law, both in the guarantees and in the procedural rules themselves, based on the special maximum protection. In this evolutionary, not alone process the doctrine has allowed to form the rights and procedural guarantees of the so called penal juvenile justice, but also there exists a jurisprudential obligatory development, even more with the entry in force New Procedural Penal Code where major guarantees are inserted to the already established ones in the Article VII of the T.P. and the article 192 of the C.N.A.

The present thesis called " the protection measures to inobservant minors to the penal law from the perspective of the block of constitutionality " claims that the protection measures are regulated to the children and fourteen-year-old minor teenagers who have infringed to the penal law of agreement to the international standards, in the light of the paradigm of the doctrine of integral protection, at first of the top interest of child and teenager, although at present his legal as inobservant treatment, it is unequal and discriminatory opposite to the fourteen-year-old major and adult teenagers, which carries the violation of his constitutional laws, so being it like that, this thesis It proposes to adopt protection measures that allow to guarantee the development biopsico emotionally of the investigated one and this way to contribute with his project of life of a worthy way and to be a citizen compromised in the development of the company.

We are sure that the present investigation will be of great usefulness for all the professionals been interested in the topics of infancy and especially of the attorneys, judges and district attorneys who from his respective working spaces strain for promoting the integral protection of the rights of the infancy and adolescence in the frame of a social equitable development that favors the construction of the most democratic, just and pacific companies

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación que he denominado “LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A MENORES INFRACTORES A LA LEY PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” someto a consideración del Jurado de la Escuela de Post Grado en Maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la U.N.P.R.G., tiene connotación trascendental en la dignidad del niño infractor a la ley penal, por cuanto el respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretende practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no sólo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que, adicionalmente, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones. En ese contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

De acuerdo con ello, la especial protección que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A tales derechos especiales les corresponden deberes específicos, vale decir la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. A estos dos últimos, se les requiere una mayor participación en caso de desamparo mediante la adopción de medidas para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y coadyuvar o, en su caso, suplir a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindarles protección (La necesidad de proporcionar al niño una protección especial que ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924

sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”).

En cuanto a la protección especial para el caso de los niños y adolescentes, el Tribunal Constitucional ha expresado –a propósito del artículo 4 de la Constitución de 1993- que el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar.

La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y del principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La protección superlativa que ha sido prevista en la Constitución es permanente, pero la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son siempre dirigidos a éste, sino de toda la comunidad. El artículo 4 de la Constitución, respecto a dicha salvaguardia, si bien le asigna un papel protagónico al Estado, la hace extensiva a la comunidad. Sobre los alcances de la protección resulta ilustrativo citar el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño: “El niño gozará de una protección especial y

dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Considerando la importancia de asegurar una protección integral y efectiva del menor, por medio de la instrumentación de mecanismos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos.

En ese contexto, la presente tesis denominada “las medidas de protección a menores infractores a la ley penal desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad” pretende que se regule las medidas de protección a los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido a la ley penal de acuerdo a los estándares internacionales, a la luz del paradigma de la doctrina de protección integral, el principio del interés superior de niño y adolescente, por cuanto en la actualidad su tratamiento legal como infractor, es desigual y discriminatorio frente a los adolescentes mayores de catorce años y adultos, lo cual conlleva a la vulneración de sus derechos constitucionales, pues siendo ello así, esta tesis propone adoptar medidas de protección que permitan garantizar el desarrollo biopsico emocional del investigado y así contribuir con su proyecto de vida de manera digna y ser un ciudadano comprometido en el desarrollo de la sociedad.

En cuanto la estructura del proyecto de la Tesis, tenemos: El PRIMER CAPÍTULO versa sobre el planteamiento metodológico, análisis del objeto de estudio identificándose la real problemática de los infractores a la ley penal, así como justificación e importancia; de su tratamiento a la luz de los instrumentos internacionales, y para ello se ha elaborado el marco teórico tomando como base las la normativa vigente sobre la materia, Código de los Niños y Adolescentes y la ley penal, así como las resoluciones dictadas por los Jueces y Fiscales del Distrito judicial y Fiscal de Chiclayo; el SEGUNDO CAPÍTULO está referido al Fundamento Constitucional de la Dignidad de la Persona Humana desde la razón del constructo filosófico de la dignidad, por cuanto su estudio fundamenta la investigación de la tesis, TERCER CAPÍTULO se refiere a al tratamiento del menor infractor a través de la historia, CUARTO CAPÍTULO, El Sistema de Justicia Penal Juvenil en el Perú es regulado desde el Código de los Niños y Adolescentes, en cuyo

contenido encontraremos principios normativos y mecanismos procesales en un proceso único para el juzgamiento de los adolescentes, que van a legitimar de manera directa los actos decisorios de los administradores de Justicia, el QUINTO CAPÍTULO versa sobre el Interés Superior del Niño y del Adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad el SEXTO CAPÍTULO trata de la Justicia Restaurativa en la cual se analizará la esencia y su perspectiva de la justicia restaurativa; el SEPTIMO CAPÍTULO trata sobre las medidas de protección y su aplicación, a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se analiza la medida de protección en el catálogo de las nociones rectoras en el discurso universal sobre niñez y adolescencia, y el OCTAVO CAPÍTULO versa sobre los resultados, así como un análisis y discusión, para luego se formula las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación. Considerando a la presente investigación, de vital importancia porque trata reivindicar la dignidad del niño y adolescente del menor de 14 años; para ello, se plantea la aplicación de la medida de protección, por estar en un estado de vulnerabilidad al no haber alcanzado la madurez suficiente y por encontrarse en proceso de desarrollo y no tiene noción de las consecuencias de sus actos es por ello que su tratamiento debe hacerse a la luz del bloque constitucionalidad.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En materia de respeto y promoción de los derechos humanos existe una clara tendencia a la afirmación de un mayor reconocimiento y protección de los derechos de los niños y adolescentes que pertenecen a grupos o sectores históricamente reconocidos como vulnerables, por tal razón, requieren una protección especial que les permita su plena integración en la sociedad.

La situación de la infancia de los adolescentes infractores en nuestro país, es una de las preocupaciones y principales temas de estudio porque implica atender el presente y futuro de nuestra sociedad. La infracción a la ley penal es el resultado de la influencia del medio social, del actuar irresponsable de sus progenitores y de la indiferencia del Estado, quienes en la mayoría de las ocasiones por acción u omisión conllevan a los niños y adolescentes a incurrir en acciones antisociales, al margen de la ley.

Uno de los mayores problemas que tiene en la actualidad la sociedad peruana, es el alto índice delincencial que aumenta cada día, dicho fenómeno multicausal se produce por diferentes factores, entre ellos, la pobreza, el desempleo, la falta de valores, la desintegración familiar, el modo de vida, entre otras.

Es una obligación de la familia, la sociedad y el Estado, proteger y garantizar el desarrollo de nuestra niñez y adolescencia, como también prevenir el delito, en búsqueda de una sociedad más justa, humana y segura. Por ello es importante, enseñarles a los niños y adolescentes asumir con responsabilidad sus actos, conviviendo en armonía, paz. Por ello, la investigadora como Fiscal Provincial de Familia tengo una doble responsabilidad, como ciudadana y autoridad, toda vez que los niños y adolescentes son personas que se

encuentran en etapa formativa de su personalidad biopsicoemocional; siendo el Estado el responsable de dicha formación –deber y derecho del Estado para procurar la máxima satisfacción de los derechos del niño– por mandato constitucional, previsto en los artículos 4, 51, 55 de la Constitución Política del Estado, bajo el Principio del Interés Superior del Niño, es por ello ***que requieren un tratamiento especial cuando los menores de edad se encuentran inmersos en una investigación fiscal o judicial por presunta infracción a la ley penal, cuyo tratamiento especial, Tutelar desigual (a los adolescentes de 14 a 18 años de edad se les aplica el beneficio de la Remisión; en tanto a los adultos se les concede el Principio de Oportunidad) siendo que dicha medida revictimiza a los investigados y consecuentemente transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, la igualdad, la libertad y seguridad; por lo que el tratamiento debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales.*** Esta acción se enmarca en el compromiso del Estado peruano de adecuar sus leyes y formas de proceder al Principio del Interés Superior del Niño establecido por la Convención de los Derechos del Niño y se traduce principalmente en procurar siempre decidir aquello que puede beneficiar mejor a su proceso de desarrollo en todos los ámbitos de su vida, de conformidad con los artículos 2 y 4 de la citada Convención.

Que, mediante Ley N° 27337 se aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, vigente desde el 07 de agosto del 2000. Los Niños y Adolescentes infractores en nuestro país, tienen un tratamiento especial, sin embargo en dicha ley existen deficiencias legislativas que están conllevando a que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo es, ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Tratamiento que

causa grave perjuicio al niño, adolescente infractor comprendido hasta los catorce años de edad, tratándose en forma desigual con los infractores mayores de catorce años quienes gozan de mayor beneficio que los menores de catorce años. Requiriéndose para ello su inmediata respuesta jurídica, por tratarse de una responsabilidad del Estado, toda vez que los niños y adolescentes comprendidos en una investigación tutelar por infracción a la ley penal, deben ser tratados acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Considerando además que la CIDH alienta a los Estados a implementar legislación y permita que la respuesta estatal a la infracción de leyes penales por parte de niños sea siempre proporcionada a las circunstancias en las que ocurrió, a la gravedad de la conducta, a la edad y las necesidades del niño, entre otros criterios.

En nuestra experiencia profesional y laboral como fiscal de Familia, no puedo ser indiferente ante esta realidad, por cuanto mi formación profesional y los valores inculcados me permite reflexionar sobre esta realidad con visión de justicia a la cual aspiramos; basada en recuperar las relaciones sociales deterioradas que tome en cuenta a todas las partes afectadas, involucrándolas activamente en la resolución del conflicto cuando haya disposición para ello; y atendiendo las causas circunstanciales que llevaron al niño y adolescente a transgredir la ley penal. Realizando las mediaciones entre adolescentes y personas afectadas; además de involucrar a los servicios y programas comunitarios en la atención socioeducativa de los adolescentes atendidos, obteniendo la reducción de la reincidencia de las conductas infractoras. Debiendo el Estado asumir su compromiso con los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, como la Convención de los Derechos del Niño, máxime si el niño y adolescente es una persona que está en proceso de desarrollo y es pilar fundamental para consolidar el Estado Social, Democrático Constitucional de Derecho.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La delincuencia juvenil en el mundo y en nuestro país es un problema social creciente, pues representa un fracaso de la sociedad en la educación de sus nuevos integrantes, además constituye un riesgo que atenta contra el Estado Constitucional de derecho, el respeto de las instituciones, las reglas para la convivencia pacífica y la seguridad de los ciudadanos; con consecuencias como la pérdida de la escala de valores que a su vez acarrear consecuencias psicológicas, en razón que la mayoría de infractores violentos exhibe rasgos del trastorno antisocial de la personalidad y los muestran a la edad de su niñez y adolescencia. En este caso el trastorno de conducta tiende a convertirse en un elemento probable para la delincuencia en serie si no se diagnostica y se trata con una medida tutelar apropiada, existe el riesgo que se convierta completamente en la edad adulta en un trastorno antisocial de la personalidad y una carga para el Estado.

Desde esta perspectiva, en la experiencia como fiscal provincial de familia, se advierte que el Estado no viene asumiendo su responsabilidad sobre esta deficiencia, por cuanto con su actitud omisiva permite que persisten algunas prácticas socio jurídicas correspondientes al modelo retribucionista (castigador) y tutelar (proteccionista), expresadas sobretodo en detenciones arbitrarias, una inadecuada y tardía defensa pública, la sobre judicialización de los casos, el uso excesivo de la internación preventiva y la escasa aplicación de la remisión y de medidas socioeducativas alternativas a la privación de la libertad, provoca secuelas generando la estigmatización en los menores investigados ocasionándoles daños irreparables para su vida futura. Por lo que el Estado debe asumir su compromiso de protección a los niños y adolescentes que se encuentren investigados por haber cometido infracción a la ley penal, bajo el Principio del Interés Superior del Niño, debiendo legislar acorde a los instrumentos internacionales de la cual el Perú es parte al haber suscrito y ratificado; siendo que en nuestro país de acuerdo a la legislación de menores de edad, previsto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Derecho Positivo peruano, está considerando un tratamiento desigual entre los adolescentes mayores de 14 años de edad que se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, tienen un tratamiento preferencial como es la aplicación de la

Remisión Fiscal; situación que no se aplica a menores de 14 años; en contradicción con el principio de proporcionalidad de la pena, así como también con el principio de igualdad y no discriminación, existen numerosos casos en los cuales la respuesta punitiva frente a la conducta de niños infractores es más dura que la respuesta penal frente a la conducta de adultos que han cometido un delito; toda vez que existen niños procesados al mismo tiempo que adultos por el mismo delito y sin embargo los niños recibieron condenas más severas que los adultos acusados. De lo expuesto, es evidente que el Estado está incumpliendo los Principios normativos establecidos en los bloques de Constitucionalidad, ya que corresponde a los investigados menores de 14 años, un tratamiento Tutelar Judicial, pues nuestro país transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, por lo que dicho sistema debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño; que establece “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. De conformidad con el artículo 40.3, 4¹ de la acotada norma legal, en la cual dispone que los Estados en asuntos de menores deben desjudicializar para evitar la revictimización y el respeto de su dignidad.

1 Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción

Que, si bien esta problemática se muestra a nivel nacional, también lo es que la presente investigación, su campo de estudio estará comprendido en la ciudad de Chiclayo. En ese contexto, en el distrito fiscal y judicial de Lambayeque se han identificado un conjunto de problemas relacionados al Sistema de Justicia Juvenil que no contribuyen a una protección adecuada de los niños y adolescentes menores de 14 años que se encuentran en conflicto con la ley ni a su proceso de integración social, debido a varios factores, tales como: La deficiencia legislativa; inaplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y en especial la Convención de los Derechos del Niño, previsto en los artículos 12, 27, 37 y 40, la escasa y contradictoria jurisprudencia nacional sobre tratamiento a niños y adolescentes infractores a la ley penal.

Cabe precisar que la concepción de *niño* en la Convención es de persona, sujeto de derechos y merecedor de valores como el respeto, la dignidad y la libertad, pero en un plano que los diferencia en el trato por parte del Estado, debiendo velar en forma particular por sus derechos, haciendo primar sus capacidades intelectuales y grupo de crianza, como base elemental para el ejercicio de sus derechos civiles.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Constituye un deber del Estado la aplicación de Programa de Protección Fiscal a los Niños y Adolescentes menores de catorce años que cometan infracción a la ley penal que no revista gravedad, para evitar revictimizar al niño (a), adolescente investigado, conforme la Doctrina de Protección Integral y a la luz del bloque de Constitucionalidad y cuáles son las consecuencias por su inaplicación?

3.1. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

3.1.1. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica por tratarse de un tema con repercusión jurídica y social, con trascendencia nacional e internacional, debido a que el nivel de adecuación de

nuestra legislación penal juvenil, específicamente en lo referente a las medidas de protección al Niño y Adolescente no es consonante con la Doctrina de la Protección Integral y el Interés Superior del Niño y los instrumentos internacionales que la sustentan, debido que las garantías sustantivas, procesales y de ejecución del sistema de justicia penal juvenil no están de acuerdo con los instrumentos internacionales. Trayendo como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales tales como la integridad moral psíquica, física, a su libre desarrollo y bienestar y otros del niño y adolescente que cometa infracción a la ley penal, a la víctima y la sociedad.

El Código de los Niños y Adolescentes, expedida mediante Ley N° 27337 vigente desde el año 2000, en el Libro Cuarto trata sobre la Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente, estableciéndose en el capítulo III del adolescente infractor de la ley penal, y regulándose en el “Artículo 184 las Medidas al niño y adolescente; así: *“El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código. El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código.”* Así mismo, el CAPÍTULO VIII se refiere a las Medidas de Protección al Niño que cometa Infracción a la Ley Penal, determinándose en el **Artículo 242.- Protección:** *“Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; (...).”* Advirtiéndose en la praxis, que la regulación descrita en líneas arriba, es incoherente en su marco legislativo a la luz del Bloque de Constitucionalidad; por ser ésta discriminatoria, al ser tratado en forma desigual al niño y adolescente, quienes son, revictimizados por la infracción, la víctima no es resarcida oportunamente y la sociedad no participa en la solución del problema; y que la aplicación de la medida de protección judicial no contribuye con la prevención de infracciones a la ley penal, ni en su formación integral, convirtiéndose en potenciales delincuentes ocasionando inseguridad a la sociedad; debido que es posterior a la sentencia,

deformándosele y convirtiéndose como una carga irreparable para el Estado; además origina gastos innecesarios para la administración de justicia, motivo por el cual el Derecho Positivo sobre Medidas de Protección, prevista en el artículo 242 del acotado Código es deficiente y no es acorde con los instrumentos internacionales y por ende no permite coadyuvar a una solución integral del problema para ser tratado acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos, en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad, con participación de la víctima y el rol activo de la comunidad.

El Perú en su condición de Estado-Parte de la Convención de los Derechos del Niño, por haberlo firmado el 26 enero 1990; ratificándolo el 4 septiembre 1990 y entrando en vigor el 4 octubre 1990 y al tener dicho instrumento internacional rango constitucional, al amparo del artículo 55 de la Constitución Política, nuestro país ha venido realizando esfuerzos dirigidos a adecuar sustancialmente su marco normativo a los estándares internacionales; sin embargo la norma legislativa respecto a las medidas de protección a los Niños y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal no es congruente con los instrumentos del bloque de constitucionalidad; toda vez que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al constituir norma jurídica de reconocimiento universal y obligatorio cumplimiento, por haberse el Perú adherido a ella, por lo que las normas internas deben estar acorde con dicho instrumento y de no ser así genera responsabilidad tanto de los Estados parte como de los particulares.

Así, en el plano internacional se da inicio al establecimiento de normas y mecanismos específicos para su protección y promoción. La aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño (la Convención) en 1989 constituye el hito más importante en el progresivo reconocimiento de los derechos del niño, niña y adolescentes, al consagrar de manera integral todos los problemas que afectan universalmente a la infancia. Situación que en el presente trabajo, se está tomando en consideración por ser el eje central de la investigación.

La denominada Doctrina de Protección Integral, reconoce al menor de edad como sujeto de derechos, tiene su máxima expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño y aun cuando es claro que principios de interpretación como los de *pro libertatis* y fuerza expansiva, razonabilidad y proporcionalidad deben necesariamente aplicarse siempre que esté de por medio la defensa y promoción de derechos humanos ello resulta más evidente cuando lo que está en juego es la protección de la dignidad y demás derechos de las personas menores de edad. Si bien, los niños, niñas y adolescentes, como todo sujeto de derecho capaz de discernimiento, deben responder por sus actos, requieren de un tratamiento diferenciado en función de su especial situación y grado de desarrollo.

Resulta importante mencionar que si bien esta doctrina debe aplicarse siempre que se encuentre de por medio la defensa y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, ha tenido su mayor desarrollo en materia de responsabilidad penal de menores de edad. En efecto, tal como sostuvo la Defensoría del Pueblo en su informe del sistema penal juvenil², es sobre la base de la Doctrina de la Protección Integral que se ha centrado fundamentalmente el tema de su responsabilidad penal a partir del planteamiento de una opción punitivo-garantista.

De acuerdo con esta concepción, a partir de cierta edad los y las adolescentes sí responden por las infracciones que cometen contra la ley penal pero siempre bajo la garantía del respeto del denominado principio del Derecho Penal Mínimo. Éste se caracteriza por la recurrencia al derecho penal como extrema ratio; el respeto de las garantías penales sustantivas y procesales establecidas para la persona adulta, a las que deben sumarse aquellas propias derivadas de la condición de menor de edad; la minimización de las penas juveniles y la utilización de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad, debiendo emplearse ésta última sólo excepcionalmente y limitando su intensidad y su duración al mínimo plazo posible. En otras palabras, se trata de un derecho penal juvenil dotado de las mismas garantías que el derecho penal de adultos pero menos severo, tanto en lo que se refiere a la tipificación de

2 Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 51*. El sistema penal juvenil en el Perú. Análisis jurídico social. Lima, Serie: Informes Defensoriales, 2000, pp. 189-192

los delitos cuanto en la intensidad de las sanciones, por ser un sujeto de derecho en proceso de desarrollo.

Cabe mencionar que esta consideración, expresamente establecida como obligación asumida por el Estado peruano en la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye una manifestación del principio del interés superior del niño, *que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta de medidas de protección y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios, pero debe hacerse bajo el Control de Convencionalidad.*

La Ley Penal Juvenil responde a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido que debe verse a un niño o niña que ha cometido una infracción a la ley penal, como un sujeto de derechos, que goza de las mismas garantías, a quien debe asegurársele un proceso justo y conforme a Derecho.

En la legislación peruana, los jóvenes menores de 18 años son considerados inimputables, es decir, se les reconoce como autores y partícipes de una infracción pero, por distintas razones, no se les atribuye responsabilidad penal plena por los hechos cometidos, por lo cual se les prescribe que el Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar; tal como lo establece el artículo 191 del Código de los Niños y Adolescentes.

Es evidente que la realidad de los niños, niñas y jóvenes infractores no ha tenido una atención integral por parte del Estado y las autoridades gubernamentales. Bajo la concepción de "situación irregular" los niños, niñas y jóvenes menores infractores son considerados como objetos de protección, lo que ha validado actuaciones arbitrarias tanto del orden administrativo como del judicial en los procesos de "reinserción social", la "institucionalización" y la orientación de los centros y funcionarios responsables de asistirlos y los mecanismos de acceso a la justicia, máxime si se han expedido leyes que no están acorde con los instrumentos internacionales.

Es una investigación viable, pues el acceso al material bibliográfico con respecto al tema es basto, así como las muestras prácticas a nivel fiscal y judicial, en especial en esta sede distrital.

3.1.2. IMPORTANCIA

En el presente trabajo de investigación, se abordará los principios y garantías relevantes que deben regir el sistema especializado de justicia juvenil aplicable a niños que se encuentran en conflicto con la ley. Siendo que el análisis se realizará a la luz del modelo de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y de la normativa vigente del derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce a los niños como sujetos de derechos y no sólo como objetos de protección. Los principios y garantías que serán analizados deben ser observados por todo el sistema de justicia especializado, incluso por las autoridades policiales, Ministerio Público y las dependencias que actúen en la ejecución de las medidas

Resulta evidente que las condiciones en las que participan los niños en un proceso penal no son las mismas en que lo hace un adulto. Así, en aplicación del marco jurídico de protección de los derechos humanos, los niños que han infringido o han sido acusados de infringir leyes penales no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección especial. De allí que la aplicación de las medidas de protección a los Niños y Adolescentes que comenten infracción a la ley penal deben realizarse en el marco de la Constitución Política y las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido. Estos instrumentos reconocen el deber de protección especial que toda sociedad democrática está obligada a brindar a los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años de edad.

El presente trabajo de investigación es importante porque demostraremos la deficiencia legislativa existente en lo concerniente a las medidas de protección expedidas a nivel judicial a los menores que han cometido infracción a la ley penal, pues es

contradictoria con el bloque de constitucionalidad, la Convención de los Derechos del Niño, la Doctrina de Protección Integral, el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente; y que su análisis y propuesta normativa, permitirá determinar que la aplicación de las medidas de protección a nivel fiscal, contribuiría al fomento de la dignidad del niño que ha cometido infracción a la ley penal; asimismo, el Estado estaría asumiendo su responsabilidad con los menores investigados de acuerdo a los estándares internacionales del cual el Perú es parte.

El Perú es un Estado Democrático, Social, Constitucional de Derecho, en la que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, por lo que bajo este principio el Estado tiene como prioridad mejorar la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes que han infringido la ley penal y así estaríamos construyendo una sociedad basada en la promoción de sus derechos, orientado a reconstruir la paz y el tejido social, requiriéndose establecer una política integral para los adolescentes infractores a la ley penal, el cual constituye un proceso de construcción respetuoso de los derechos humanos, que nos permitirá dejar atrás prácticas retrógradas, que no generan ningún resultado y adecuarnos a nuestra Constitución y también a los estándares internacionales del cual el Perú es parte en esta materia.

La judicialización de niños y adolescentes menores de catorce años de edad, por haber infringido la ley penal, contraviene abiertamente a la Convención de los Derechos del Niño, de la cual el Perú es parte, teniendo en cuenta que están en edad crítica formativa de su personalidad, desde el punto de vista psicosocial, la judicialización puede perjudicarles de por vida. Para ellos deben desarrollarse programas de prevención, reintegración y atención.

Existe un gran avance en la promoción y protección de los derechos del niño y del adolescente la misma que se ha visto reflejada en los últimos tiempos con motivo del desarrollo de la Doctrina de la Protección Integral, que reemplazaba a la Doctrina de Situación Irregular y con ello diversos conceptos e instituciones cambiaron de rumbo, es por primera vez que se concebía al niño como sujeto de derecho y no simplemente como un

objeto de protección dentro de una teoría paternalista. Lo cual, trajo como consecuencia que se firmara la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados de menor jerarquía que tienen el mismo sentido.

Es imprescindible que la justicia penal juvenil deba fomentar en los menores de edad, el respeto y desarrollo de los valores fundamentales para la sana convivencia y la paz social; buscando fomentar el autocontrol y la prevención de la reincidencia del menor infractor respecto a sus propias acciones y las consecuencias que de ellas se deriven, tomando conciencia, reflexionando. Por otro lado, que la víctima participe activamente en la resolución del conflicto.

Por los criterios esbozados, no solo serán tratados, analizados, sino también se propondrá un proyecto de ley para la respectiva modificación legislativa, a la luz de los instrumentos internacionales, de esta forma estaremos contribuyendo al perfeccionamiento del Código de los Niños y Adolescentes, referido a los niños que han cometido infracción a la ley penal en aras de contribuir con el sistema judicial donde impere el valor supremo de la Justicia y la Paz Social.

3.2. OBJETIVOS

3.2.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si la aplicación del programa de protección fiscal a los niños y adolescentes menores de catorce años de edad infractores a la ley penal que no revista gravedad, constituye un deber del Estado de acuerdo al bloque de constitucionalidad, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales dirigidos al logro de su bienestar conforme la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño.

3.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Para alcanzar el objetivo general se deben lograr los siguientes propósitos:

- Analizar si la aplicación del programa de protección fiscal a los niños y adolescentes menores de catorce años de edad infractores a la ley penal que no revista gravedad, constituye un deber del Estado de acuerdo al bloque de constitucionalidad.
- Determinar las deficiencias legislativas sobre la materia que vulnera los derechos fundamentales de los niños y adolescentes investigados, así como al logro de su bienestar conforme la Doctrina de la Protección Integral y el Principio del Interés Superior del Niño.
- Proponer proyecto legislativo sobre el Programa de protección fiscal, a la luz del bloque de constitucionalidad e inspirado en la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño.

4. HIPÓTESIS

ES DEBER DEL ESTADO LA APLICACIÓN DE PROGRAMAS DE PROTECCIÓN FISCAL A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES MENORES DE CATORCE AÑOS DE EDAD INFRACTORES A LA LEY PENAL QUE NO REVISTAN GRAVEDAD, CONFORME LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y A LA LUZ DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, PUES SU INAPLICACIÓN VULNERA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIRIGIDOS AL LOGRO DE SU BIENESTAR INTEGRAL DEL NIÑO Y ADEMÁS EL ESTADO INCURRE EN RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.

5. VARIABLES E INDICADORES

5.1. Variables:

5.1.1. Independientes.

- Deber del Estado la aplicación de programas de protección a los niños y adolescentes menores de catorce años de edad infractores a la ley penal.

- El Bloque de Constitucionalidad y la aplicación de la Medida de Protección en el Estado Constitucional de Derecho.
- La doctrina de protección Integral y el principio del Interés Superior del Niño.
- La naturaleza legal de las Medidas de Protección a los Niños y Adolescentes infractores a la ley Penal.
- Derechos fundamentales dirigidos al logro del bienestar del niño.

5.1.2. Dependientes

- Las medidas de protección judicial revictimiza y estigmatiza a los menores infractores a la ley penal, conforme los principios del Bloque de Constitucionalidad.
- Vulneración de los derechos fundamentales del presunto infractor a la ley penal: integridad moral, psíquica, física, a su libre desarrollo y a la igualdad ante la ley.
- Los daños ocasionados a los menores infractores a la ley penal.
- La credibilidad e imagen de la administración de justicia y responsabilidad del Estado.

5.1.3. Indicadores:

- Solicitud de Medida de Protección fiscal ante el Juzgado de Familia.
- Sentencias otorgando la Medida de Protección a los menores de edad que han cometido infracción a la ley penal, expedidas por el Juzgado Especializado de Familia.
- Informes interdisciplinario emitido por el Programa de Justicia Juvenil Restaurativa a los adolescentes que han cometido infracción a la ley penal, sobre las características psicológicas y social del investigado.
- Establecer si es necesario modificar el dispositivo legal de nuestro Código de los Niños y Adolescentes respecto a las Medidas de Protección.

- Contribuir al perfeccionamiento de nuestro sistema u ordenamiento jurídico de acuerdo a los instrumentos internacionales referidos a los Derechos Humanos.

De naturaleza jurídica:

- Artículos 3, 27, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, artículos 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Artículos 2 inciso 1, 2, 4 y 55 de la Constitución Política del Perú.
- Artículos 184, 242 del Código de los Niños y Adolescentes aprobada por Ley N° 27337.

6- MARCO METODOLÓGICO

6.1. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN (área de estudio)

6.1.1. Espacial.-

El estudio e investigación del tema, figura jurídica y/o dispositivo legal designado se localizará en la localidad de Chiclayo, en los rubros y áreas pertinentes: en los Juzgados de Familia del Poder Judicial del Distrito Judicial de Lambayeque y las Fiscalía de Familia del Distrito Fiscal de Lambayeque. Dejando constancia que por la naturaleza del tema, teniendo en cuenta que la norma que regula es de ámbito y aplicación nacional, su estudio y análisis también será de este carácter, a través de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

6.1.2. Temporal.-

En relación con el tiempo el tema o problema materia de estudio será realizado de manera extensiva por el periodo de cuatro años comprendidos entre los años 2010 a octubre del 2013.

6.2. Diseño de Contrastación de hipótesis

Para demostrar la verdad de la consecuencia lógica de la hipótesis, se procederá entre otros actos, hacer un estudio profundo, análisis crítico y comparado a nivel

legislativo, doctrinario y jurisprudencial de cada una de las variables e indicadores, así como de todas las figuras y/o instituciones afines al tema objeto de la presente investigación, en razón que constituye deber del Estado de acuerdo al bloque de constitucionalidad, la aplicación de la medida de protección fiscal a los niños y adolescentes infractores a la ley penal, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales de integridad moral, psíquica, física, a su libre desarrollo y a la igualdad ante la ley, conforme la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño en las Fiscalías de Familia de Chiclayo y el Estado incurre en responsabilidad internacional.

6.3. Población y Muestra:

La población lo representa el total de procesos que han sido emitidos por los Juzgados y Fiscalías de Familia de Chiclayo y la muestra 100 sentencias/dictámenes que han sido expedidos por los 4 Juzgados y Fiscalías de Familia.

6.4. Recursos Humanos, Materiales, Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

6.4.1. Los recursos humanos.-

Los recursos humanos estarán constituidos básicamente por los siguientes elementos:

La Autora o investigadora responsable del presente trabajo de investigación.

El asesor Académico y

El Revisor de estilo

6.4.2. Los recursos materiales y/o Equipos:

Los materiales y/o equipos necesarios y requeridos en el presente trabajo, son básicamente material de escritorio, equipo de cómputo e impresión, empastados, entre otros.

6.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

Para la presente investigación será necesario utilizar técnicas de recopilación documental, examen de expedientes, fichaje, entrevistas, encuestas, a profesionales e integrantes de la comunidad jurídica, entre otras que permitan la recopilación de datos.

6.5. Métodos y procedimientos para la recolección de datos

6.5.1. Métodos:

6.5.1.1. **Método exegético:** constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo nacional y los Tratados y Convenios referente a la materia del cual el Perú es parte. Empieza de la convicción de un ordenamiento pleno y cerrado.

6.5.1.2. **Método analítico:** Es el análisis e interpretación documento lógica (expedientes) significa la separación de un todo en sus partes constitutivas con el propósito de estudiar estas por separado así como las relaciones que las une y así realizar precisiones sobre las sentencias sobre medidas de protección en los Juzgados de familia y Dictámenes en las Fiscalías de Familia de Chiclayo.

6.5.1.3. **Método explicativo:** con la finalidad de explicar cómo las sentencias de medidas de protección afectan los derechos fundamentales de los niños y adolescentes infractores a la ley penal de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

6.5.1.4. **Método dogmático:** El método dogmático, la técnica jurídica constituiría la piedra de toque para la inteligencia

del Derecho. Es esencialmente un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual, aparecen expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse.

6.5.1.5. Método Sociológico funcional: El método Funcional en el Derecho parte de la constatación que el sistema jurídico está repleto de conceptos que no pueden ser definidos en el término de experiencia y verificación, pero de los que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. En tal sentido el Método Funcional intenta una redefinición profunda de los conceptos que se usan en la indagación científica - ficciones jurídicas.

6.5.2. Procedimientos para la recolección de datos

El registro de recolección de datos tiene una máxima importancia para la presente investigación y elaboración de la tesis, porque a través de estas actividades se acumula racionalmente todo el material necesario para el desarrollo y comprobación de la hipótesis. En esta fase, el estudio de fuentes es una labor de conocimiento y reconocimiento, en tal sentido el uso de las fuentes supera con creces la tarea exploratoria que realizamos en el momento que hemos elegido el tema de tesis. Y dada la magnitud y su implicancia se ha considerado dos aspectos:

a) El Intelectual.- Consiste en la serie de operaciones racionales para comprender el contenido de las fuentes, considerando la legislación nacional y los instrumentos internacionales; y

b) La Técnica.- Que, en el presente trabajo se usarán fundamentalmente las técnicas instrumentales de recolección de datos, tales como: *el*

examen de expedientes, Registros, Archivos, entrevistas a profesionales del derecho, a los justiciales y a la sociedad civil, así como tablas de referencia y gráficos estadísticos y dichas informaciones obtenidas, que van a formar el sistema de registros y ordenamiento de la información; y conjuntamente con la información legislativa, la literatura jurídica, nacional e internacional sobre la medida de protección a favor de los menores infractores a la ley penal, que nos va a permitir la elaboración de la presente tesis. Que dada su naturaleza, tendrá su connotación en todos los Distritos Judiciales y Fiscales del País.

7. Definición de Términos Fundamentales

Acto Infractor o Infracción. Hecho punible cometido por un adolescente tipificado como delito o falta en la ley penal.

Adolescente. Proviene de la palabra latina “adolescere” que significa crecer o desarrollarse hacia la madurez. Importante por su trascendencia personal y social. Quien debido a múltiples causas ha cometido infracción a la ley penal, por tanto requiere atención profesional individual y grupal que le permita desarrollar sus habilidades, valores, hábitos adecuados en un proceso educativo integral.

Bloque de constitucionalidad. Es un concepto que alude a las fuentes formalmente no constitucionales que integran el parámetro a utilizar en una acción de inconstitucionalidad.

El control de convencionalidad. Presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Desarrollo Bio psicosocial. Desenvolvimiento o formación de la esfera biológica, psicológica y social del niño y adolescente.

El Debido proceso penal. Es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

Educador social. Personal encargado de la custodia, cuidado y guía personal de los niños y adolescentes en los programas de medio abierto de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Equipo multidisciplinario. Conjunto de profesionales especializados en el tratamiento del niño (a) adolescente en conflicto con la ley penal, conformado por psicólogos, sociólogos y otros profesionales de la salud o abogados.

Familia disfuncional. Familia que padece conflictos internos produciendo generalmente violencia y desintegración.

Medio Cerrado. Modalidad de ejecución de una medida de protección que se desarrolla con el niño (a) adolescente en un establecimiento de protección especial.

Medio Abierto. Modalidad de ejecución de una medida de protección que se desarrolla con el niño (a) adolescente presunto infractor a la ley penal, en libertad.

Presunción de inocencia. Ratio Legis. la razón de ser de la presunción de inocencia es la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción; esto es, que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra.

Principio de legalidad. El Principio De Legalidad es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad en virtud del cual no se puede aplicar una sanción si no está escrita previamente en una ley cierta.

El Principio de Legalidad Penal. Es el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal.

Responsabilidad penal de los adolescentes infractores. El régimen de responsabilidad penal que instaura nuestro legislador para los adolescentes infractores acoge la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente y tiene como base el interés superior del niño, aun cuando se trata de juzgar una conducta ilícita. La labor del juzgador es elemental se enmarca dentro de un determinado modelo de justicia.

Responsabilidad Especial. El adolescente como sujeto de derechos y obligaciones tiene la capacidad de comprender sus actos y por lo mismo, ser responsable de estos³; por encontrarse en etapa de formación.

³ Informe Defensorial N° 51 señala “aceptar la responsabilidad de los niños (menores de 18 años) ante una infracción de la ley penal, es un avance respecto a posiciones anteriores que tradicionalmente lo consideraban irresponsable a partir de ello se le puede reconocer todas las garantías que debe tener una persona sometida a un proceso judicial” p. 21.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

2.1. Consideraciones Previas

El ser persona implica, entre otros atributos, la capacidad de poder relacionarse e interactuar con los demás individuos. Ello en virtud de que la sociedad ha sido creada por el mismo hombre, quien a su vez ha contribuido a organizarla conforme sus intereses, es decir, procurando alcanzar su felicidad. En esa búsqueda de felicidad, el ser humano ha diseñado mecanismos de defensa que le permitan salvaguardar uno de sus atributos más preciados: su dignidad.

En este contexto, la idea de protección a la dignidad humana se introdujo en el Derecho positivo, tanto a nivel internacional como nacional, sobre todo a consecuencia del movimiento de defensa de los derechos humanos que tiene verificativo en la segunda mitad del siglo XX.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en sus respectivos Preámbulos se reconoce que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor básico que fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad.

De modo similar a lo que sucede con los citados instrumentos internacionales, la dignidad humana se ha incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados, predominantemente en el marco de un reconocimiento general como principio

fundamental, es decir, en los textos de naturaleza constitucional. De lo manifestado, la dignidad se puede definir como “la excelencia que merece respeto o estima”

Entonces, inicialmente, podemos entender a la dignidad como aquel valor inalterable que posee toda persona por el hecho de contar con capacidad para razonar y decidir, que los otros entes no poseen.

Con lo anterior, podemos darnos cuenta que todos los seres humanos somos iguales en la medida en que todos somos portadores de una dignidad común y por encima de todas las diferencias que nos individualizan y nos distinguen unos de los otros, es decir, todo ser humano posee dignidad sin importar la condición en que se encuentre

El ordenamiento jurídico peruano responde a un modelo de Estado determinado. Las sociedades que surgen en la segunda mitad del siglo XX, frente al Estado de Derecho, requerirán de un orden político jurídico que, a través del establecimiento de reglas claras y garantías de los derechos, conforme un modelo político centrado en la defensa de la persona humana y de sus derechos. En ese contexto se empieza a desarrollar el denominado Estado constitucional de Derecho.

En esta nueva forma de organización y reparto del poder estatal, lo que se procura es que el individuo y su dignidad constituyan el centro del ordenamiento jurídico y no su objeto. Además, confluyen una serie de elementos socioculturales (respeto y garantía de los derechos humanos, y el despliegue de la personalidad de cada uno) y político-estructurales (democracia), pero también los tradicionales de la Teoría del Estado (el pueblo, el poder y el territorio).

El Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado constitucional. Ello se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho

y de la forma republicana de gobierno”, y 43° de la Ley Fundamental: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.”.

Así mismo, se sustenta en los principios esenciales de dignidad, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional reconoce a través de su jurisprudencia este modelo de Estado constitucional de Derecho, predicando algunos de sus contenidos bajo el *nomen* de Estado social y democrático de Derecho. Que, a partir de lo establecido por el Supremo intérprete de la Constitución, presenta los siguientes fundamentos:

A) Fundamentos ideo políticos. El Estado social y democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

B) Fundamentos teleológicos. Asumiéndose los fundamentos del Estado liberal de Derecho, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

C) Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

- i. Supuestos económicos: La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: bienestar social, mercado libre y un Estado subsidiario y solidario.
- ii. Supuestos sociales: Se trata del Estado de la integración social, pues se busca conciliar los intereses de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante, renovado, de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes.
- iii. Supuestos políticos: Se posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. De esta manera, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales.
- iv. Supuestos jurídicos: En el Estado social y democrático de Derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.

A partir del análisis precedente –en el cual hemos expuesto algunos elementos de la Teoría del Estado constitucional peruano, según lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional–, centraremos nuestro análisis en su principal fundamento, es decir, la persona humana en su atributo de dignidad, tal como lo consagra el artículo 1º de la Constitución Política de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Para su concreción resulta de vital importancia recurrir al aporte de la Historia constitucional, y verificar que esta raigambre profundamente humanista en la organización del Estado no siempre marcó nuestro desarrollo constituyente; por el contrario, se trataría de una conquista de reciente data.

2.2. La Constitución.

La Constitución es el primer instrumento jurídico político, es la Ley Fundamental en los actuales Estados constitucionales democráticos, establecen los principios fundamentales tanto del Derecho público como del Derecho privado. En la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, lo que Pellegrino Rossi llamaría *les têtes de chapitres*⁴

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

⁴ Pizzorusso, Alessandro. Lecciones del Derecho constitucional. T. I. Madrid: CEC, 1984. p. 11. EXP. N° 7451-2005-PHC/TC de. 17 de octubre del 2005. Fundamento 1.

El artículo 1 de nuestra Carta Magna habla sobre la base de la Constitución y prescribe lo siguiente: "Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". En el enunciado citado constatamos con la preponderancia del principio constitucional de la dignidad humana, donde la propia constitución establece que su fundamento está en el respeto a la dignidad humana, esto con la finalidad que el estado nos garantice todos y cada uno de los derechos que tenemos como persona.

Con respecto a la dignidad humana y la indisoluble unidad de la Nación, se establece que: "Constituyen, valores supraconstitucionales que vienen a resaltar el carácter instrumental o servicial del Estado, en la medida en que la Constitución debe asegurar un tipo de convivencia congruente con las exigencias derivadas de la dignidad humana y del hecho que los peruanos constituyen una Nación de unidad indisoluble y que es "la patria común de todos los peruanos y peruanas".

Al tener la Constitución como su fundamento el respeto por la dignidad humana, el Estado no puede escapar a este hecho, es por esto, que en el artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" la fórmula del "Estado Social y Democrático de Derecho" indica que el Estado no sólo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de Derecho) ni en la soberanía popular (Estado Democrático) sino que también es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, que solo puede lograrse allí donde se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todos los peruanos, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales (Estado Social)".

Una de las funciones principales del Estado, es la protección de los derechos fundamentales de las personas, esencialmente la dignidad humana. Y debe hacerlo por

mecanismos que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

2.3. La Dignidad Humana, Valor Fundamental de la Sociedad.

Sin duda, el ser humano se ha caracterizado porque su vida gira en torno a un ámbito social, por lo que debe establecerse un orden normativo, económico y social que esté al servicio del mismo y que le permita a cada hombre cultivar su propia dignidad. Por eso, la dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y su libre elección; por lo que los hombres siendo más conscientes de su propia dignidad, podrán respetarse unos a otros.

Así, la dignidad humana, en la modernidad, aparece en un contexto intelectual que ha superado los avatares históricos, ubicándose en un proceso de humanización y de racionalización que acompaña a la persona y a la sociedad. Para lo cual, cuando se hace la reflexión de la dignidad dentro de un ámbito que corresponde a una sociedad bien ordenada, no se describe la realidad, sino el deber ser de la misma. De ahí que la dignidad humana sirva como un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada, por lo que podría llamarse un derecho positivo justo.

2.4. La Dignidad Humana, Fundamento de los Valores Superiores.

En el ámbito del Derecho, la dignidad humana no sólo significa superioridad de los seres humanos sobre los animales, sino que es, siguiendo a Peces-Barba, la dignidad humana será un fundamento de la ética pública de la modernidad, siendo el *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que se derivan de esos valores⁵.

⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho, op. cit., p. 16

Por ello, hay quienes apuntan que la dignidad humana es el principio guía del Estado, puesto que se presenta en dos sentidos, por un lado, el individuo queda libre de ofensas y humillaciones –negativa–; mientras que, por el otro, le permite llevar a cabo el libre desarrollo de su propia personalidad y actuación –positiva–⁶.

Esto es, en *strictu sensu*, la dignidad únicamente pertenece a los individuos, en virtud de que se presenta en la persona como sujeto individual único e irrepetible, con una naturaleza racional y, especialmente, con imperativos morales absolutos e incondicionales.

En palabras de Kant, la dignidad constituye un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, esto es, la dignidad posee un carácter absoluto porque no permite la negociación, La dignidad de la persona supera cualquier cosa que tenga un precio, y es el valor irremplazable de un ser con el que nunca se puede negociar.

Añade Kant “la dignidad es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da”. Por lo tanto, “la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional”⁷, de ahí que el hombre tenga dignidad, no precio. Bajo tal perspectiva se entiende su Teoría del Imperativo Categórico como regla moral de actuación, pues indica al ser humano: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y no como un medio”.

Por ello, la naturaleza humana y la persona humana son realidades complementarias, donde todos los hombres somos iguales. Partiendo de la idea de persona, ésta se puede concebir como un ser libre en su comportamiento y en su capacidad de elección de los fines y metas que se proponga; un ser que dispone de conocimiento, especialmente en el campo de los valores y que actúa y decide en función de convicciones

⁶ El desarrollo de su personalidad supone, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; del otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza, al respecto vid Pérez Luño, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 8ª Edición, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 324-327.

⁷ Kant, Emmanuel, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, en Mardomingo, José (Trad.), Ariel, Barcelona, pp. 25-ss.

íntimas que no afectan las prerrogativas y libertades de otras personas, en tanto sujeto de derechos y obligaciones.

2.5. La dignidad humana y el Derecho

En el devenir del pensamiento filosófico, la búsqueda por el hombre de significados sobre su propia naturaleza y principales atributos permanece como un requerimiento metafísico. En cada uno de dichos estadios, encontramos el siguiente común denominador: el hombre es un ser que está dentro de la historia, y por tanto, ella es el escenario de su realización esencial, de despliegue del primer y último sentido de su propia naturaleza. De allí que la paradoja de la naturaleza humana no responde únicamente a una dimensión netamente existencial, sino que encuentra su substrato esencial en el esfuerzo del hombre por aprehenderla, es decir, la voluntad permanente por humanizar su propia vida.

Para dar respuesta a estas interrogantes desde el Derecho, las formulaciones deben tener como elemento común determinados referentes de ciertas imágenes y proyecciones interdisciplinarias abiertas a la reelaboración (las ciencias de la cultura). Una concepción de la persona humana desde el ámbito de “lo jurídico” atraviesa ineludiblemente por una construcción eminentemente práctica. Ello, en la medida en que el hombre esencialmente se sustenta en los valores comunes y en las instituciones objetivas que se forman en el espacio público –vivencial e institucional–, sobre los cimientos de la tolerancia mutua, la confianza activa y la real apreciación de la dignidad del “otro”.

Por ello, uno de los primeros problemas que debemos abordar se encuentra en la necesidad de plantear un análisis de las principales interpretaciones jurídicas de la “imagen del ser humano”, superando cualquier concepción autorreferente, ya sea en su vertiente de principios suprapositivos del iusnaturalismo racionalista o el ideal de pureza metódica positivista. Ello, a fin de aproximarnos al contenido de la humanidad comúnmente compartida: la dignidad humana.

2.6. Fundamentos de la dignidad humana

A. Ontológico-racional

La dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal que no se expresa en la superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón. Ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales.⁸

Este tipo de fundamentación, de raigambre kantiana, entiende por humanidad aquellos poderes y capacidades que nos caracterizan como personas racionales en el mundo animal. Estos poderes incluyen aquellos de la personalidad moral que hacen que podamos tener una voluntad buena y un buen carácter moral. A su vez, el tener una voluntad buena es lo único que nos puede hacer dignos de ser miembros del reino de los fines a través del ejercicio de nuestra autonomía, es decir, del cumplimiento de la ley moral que nos imponemos, como legisladores universales, por nuestra propia voluntad racional.⁹

Sin embargo, nos permitiremos sostener que el hombre es *ratio* y *emotio*, esto quiere decir que, si bien en el ámbito social se presupone la actuación de personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o “irracional”¹⁰ (distinta a la prereflexividad). Precisamente, aprehender *la conditio* humana desde el lado emocional o emotivo¹¹ permite conocer las diversas manifestaciones que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente, en las cuales despliegan modelos alternativos de valoraciones (incluso sobre la propia dignidad humana).

⁸ Gonzáles Pérez, Jesús. La dignidad de la persona. Madrid: Civitas, 1986, pp. 24-30.

⁹ Garzón Valdés, Ernesto. Tolerancia, dignidad y democracia. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2006, p. 243.

¹⁰ STC N° 0042-2004-AI, de 11 de agosto de 2005, Caso Corrida De Toros (fundamentos 2 y 3).

¹¹ Rorty, Richard. Los derechos de los otros. En: Stephen Shute y Susan Hurley (compiladores). De los derechos humanos: las conferencias Oxford Amnesty de 1993. Madrid : Trotta, 1998.

Por todo ello, la dignidad humana es el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y a la afirmación de la dimensión trascendente y moral del ser humano. Así, la última de las dimensiones de la dignidad es la capacidad de cada hombre de elegir libremente su ética privada.

Cabe remarcar que pretender asentar una categoría jurídica, como es la dignidad humana, en el concepto mismo de hombre y sus atributos esenciales supone distanciarnos del normativismo jurídico. Según esta postura, “la persona física no es hombre. El hombre no es concepto jurídico, sino biopsicológico. La persona física es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de una pluralidad de hombres”,¹² de lo que deriva que en la concepción kelseniana, decir que la persona tiene derechos es una tautología porque es tanto como afirmar que la unidad personificada de un conjunto de derechos y deberes tiene derechos y deberes. En efecto, el autor vienés no identifica las nociones de “hombre” y de “persona” sino las de “persona” y “derecho”, lo que supone que la persona –entendida como la unidad de personificación de un conjunto de normas– no se explica por la facticia ni tampoco por una dimensión jurídico-natural del hombre, sino por el hecho de que una norma le otorgue al ser humano carácter jurídico.

Frente a dicha construcción de formal distinción entre hombre, ser humano y persona, optamos por sostener que el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona son una forma de aprehender la realidad humana, de captar las propiedades inteligibles del ser humano. Por ello, el concepto y la imagen del ser humano que posee una época determinada es uno de los requisitos lógicos del Derecho de la época. De tal manera que el Derecho positivo resulta incomprensible si no se tiene en cuenta esa condición que supone la imagen antropológica del hombre. De la consagración de la dignidad humana y de los derechos fundamentales ha de deducirse esta imagen del hombre que subyace a las constituciones y que las identifica plenamente.

¹² Kelsen, Hans. El método y los conceptos fundamentales en la “Teoría Pura del Derecho”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 44, citado por, Hoyos Castañeda, Ilva Myriam. De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico. Bogotá: Temis – Universidad de La Sabana, 2005, p. 8.

De allí el esfuerzo dogmático por afirmar la juricidad de la dignidad a partir de una correspondencia intensa con la imagen del ser humano propia del Estado constitucional, que no supone una construcción en abstracto sino que tiene elementos personalísimos (ontológicos) y culturales.

2.7. El principio de dignidad de la persona.

Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

Consecuentemente, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.

El Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado que señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, mas no un derecho concreto. Debe recordarse, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, ésta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social.

Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador no sólo es una posición ingenua, sino una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (Morón Díaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires. 2000, pág. 668).

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada.

Bajo este principio, el Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención –obligaciones **de no hacer**–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones **de hacer**–.

2.8. La triple dimensión de la dignidad humana

2.8.1. La dignidad humana como valor

A partir de una aproximación a los ordenamientos constitucionales nacionales, constatamos que el reconocimiento del contenido axiológico de la dignidad, permite organizar el poder político.

El Estado y el Derecho se conforman desde un fundamento antropocentrista frente a los riesgos, de un lado, del relativismo moral y la neutralidad ética del concepto autorreferente de validez normativa kelseniano y su ideal de pureza metódica¹³ y, de otro, los excesos de algunos iusnaturalismos, que descalificaron la construcción positivista y le atribuyeron la responsabilidad por el debilitamiento de las referencias morales en el Derecho.

Frente a ello, la dignidad comparte con el resto de valores el ser un modo de preferencia consciente y generalizable. Junto con otros valores, tales como la libertad, la igualdad y la solidaridad, constituyen una moralidad que “aglutina e integra a las personas

¹³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. En: Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México (itam), N° 27, Octubre 2007, pp. 7-28.

en torno a un proyecto político, que es el democrático y configuran su concepción del poder, que se traslada a su Derecho, como valores superiores en el ámbito jurídico”¹⁴.

Sin embargo, se trata de un valor privilegiado, pues en la dignidad humana se refuerza el carácter de la Constitución como documento estatutario de la vida en comunidad y como expresión del consenso que determina el modo y la forma como una comunidad política reivindica la voluntad de su propia existencia. El ordenamiento jurídico constitucional la coloca como fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores.¹⁵ De lo que se desprenden algunos elementos que le son propios.

En primer lugar, su carácter pacificador de la convivencia estableciendo determinados fines. La dignidad posee una gran fuerza que le permite orientar la existencia colectiva en un sentido dinámico. Formando, junto con el catálogo axiológico consagrado en el espacio público constitucional, el contexto histórico-espiritual de interpretación de las normas convencionales y no convencionales de dicho ordenamiento.

Segundo, su carácter de criterio básico para enjuiciar y someter a crítica los hechos y comportamientos estatales y particulares, es decir, como punto de referencia indiscutible para justipreciarlos y merituarlos. El carácter axiológico de la dignidad humana reside en que es fuente legitimadora de la totalidad del ordenamiento estatal (eficacia vertical); trascendiendo su influencia al atravesar cada una de las realizaciones humanas (eficacia horizontal en las relaciones inter privados).

En tercer y último lugar, la dignidad como valor tiene también una eficacia residual, porque se invoca en relación con algún o algunos derechos fundamentales de alcance o de contenido no claro, además sirve para la protección de conductas no tuteladas. Es así que la dignidad se coloca como un referente que determina las pautas de los procesos de

¹⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2002 Op. cit., p. 12.

¹⁵ Idem

juridización de derechos fundamentales, pero también un punto de llegada hacia el cual converger en los estándares de la protección que les corresponde.

Como puede advertirse, la dignidad humana constituye la principal expresión de los fines del poder y del Derecho, lo que no alude a una abstracción, sino a una realidad que requiere complementarse alcanzando su plenitud al realizarse en la praxis organizativa del ordenamiento jurídico constitucional.

2.8.2. La dignidad humana como principio

Los principios han sido reconocidos como elementos que desempeñan por sí mismo una función normativa dotada de gran generalidad. Por ello, se entiende que conllevan un mayor grado de concreción y especificación que los valores (sin llegar a constituirse en norma analítica).

Siguiendo al profesor Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que puedan ser cumplidos en diferente grado y de que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.¹⁶

La Constitución, por su contenido, incorpora una serie de valores morales; por su forma, sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas; de allí que sea concebida como una norma fundamental de un alto contenido material o sustantivo, el cual se expresa a través de una gran variedad de derechos fundamentales y otros bienes jurídicos. En ese sentido, sostiene García Figueroa que el constitucionalismo favorece que el no positivismo sea principialista, porque las normas

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss.

constitucionales referidas a derechos se expresan fundamentalmente por medio de principios.¹⁷

Con respecto a la dignidad, partamos por reconocer que tiene muchas funciones y modos de validez simultáneos: actúa, por un lado, como principio programático, y en parte, conjuntamente con normas de derecho positivo, actúa como directamente obligatoria.¹⁸ En suma, comparte un doble carácter deontológico:

- a) Metanorma que orienta el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas, porque atraviesan a manera de ratio legis todo el contenido de las disposiciones que componen el edificio legal del ordenamiento al que se refiera.

Así, la dignidad actúa como concepto vinculante en todos los niveles de la llamada estructura gradual del orden jurídico: desde el Derecho constitucional hasta el Derecho de estatuto. No está vivo en un solo plano de validez e impregna consigo la realidad social. Es decir, sobre ella se asienta el deber ser (la normatividad), y al mismo tiempo es (la normalidad), a los cuales presta todo su sentido propio.

- b) Actúa propiamente como norma que tiene un prima facie debido, expresándose en un deber ser que regula determinadas conductas, las cuales deben estar siempre orientadas al respeto y valoración del hombre. Es una auténtica norma jurídica.

¹⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 61-69; en donde incluso llega a considerar que es a través de los bienes constitucionales, que se establece una vinculación entre la moral y el Derecho.

¹⁸ HÄBERLE, Peter. La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional. Lima: pucp Fondo Editorial - Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 2001, pp. 111-117.

2.8.3. La dignidad humana como derecho fundamental

La dignidad encierra para el Derecho un contenido primordialmente ontológico que la erige como fuente de todos los derechos, pues la exigibilidad de éstos depende de la propia existencia de la persona humana como una realidad determinada (ente).

La importancia de la dignidad para los derechos fundamentales resulta de su fundamentalidad formal y material; que les ha permitido constituirse en la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado;¹⁹ erigiéndose como el pilar dogmático del modelo de Estado constitucional y democrático, y del actual estadio de evolución del constitucionalismo contemporáneo.

Los derechos fundamentales quedan definidos como ámbitos de protección que permiten al individuo la posibilidad de su desarrollo en la sociedad de todas sus potencialidades. Ello significa “la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento”. (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).²⁰

De esta forma, la dignidad humana se concretiza cuando entra en vinculación con el corpus de derechos fundamentales. Caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales, atendiendo también a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Precisamente, para la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que

¹⁹ Landa, César. Estudios sobre Derecho procesal constitucional. México: Porrúa, 2006, p.113.

²⁰ Exp. N° 1417-2005-AA/TC del 08 de julio de 2005 fundamento 2.

cumple, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que la “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone: “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional peruano, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) *un minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.

Sin embargo, consideramos que ello no significa que carezca de la eficacia inherente a los derechos fundamentales. En ese sentido, “la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que lo poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía”.²¹ Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático de Derecho.

La afirmación del valor normativo de la dignidad humana y su progresivo reconocimiento como derecho fundamental ha venido siendo perfilado por el Supremo intérprete de la Constitución. En tanto comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana (siendo todas ellas en sí mismas necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica), es posible afirmar que se

²¹ Tribunal Constitucional del Perú. STC 2273-2005-PHC, 13 de octubre de 2006, Caso Karen Mañuca (fundamento 8); en la cual, el TC establece algunos criterios para el reconocimiento de derechos fundamentales. Así referirá que, por ejemplo el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido.

configuran los elementos que determinarían el progresivo reconocimiento de su contenido constitucional autónomo.

Por el momento, nuestro Tribunal sólo ha formulado jurisprudencialmente el postulado normativo: principio-derecho de la dignidad humana, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

El doble carácter de la dignidad humana produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero. En tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo. En tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

Al respecto, podemos referir diversos pronunciamientos que han venido consolidando una aplicación del contenido normativo de la dignidad humana en los casos que son materia de conocimiento del Colegiado: STC N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI 0004-2005-AI 0007-2005-AI 0009-2005-AI (la correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana); N.º 0019-2005-PI/TC (la dignidad humana y el abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad); N.º 0030-2005-PI (la

dignidad humana como límite a la interpretación constitucional); N° 1417-2005-AA (la participación de la dignidad en la determinación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales); N° 10107-2005-PHC (la dignidad humana como fundamento de la presunción de inocencia); N° 00926-2007-PA/TC (se declara la inconstitucionalidad de la expulsión de un alumno de una escuela de sub oficiales de la Policía Nacional por su presunta homosexualidad); entre otros.

No obstante, de estas referencias jurisprudenciales no se desprenden todavía todas las consecuencias de la dignidad humana como derecho fundamental con *status activus processualis* autónomo.²² Sin embargo, qué duda cabe que se han dado los primeros pasos a dicha consagración.

Esta necesidad, es la que constituye la motivación del presente punto; sin embargo, en abstracto aún no podemos otorgar una definición de “aquello” protegido de manera autónoma y exclusiva por el derecho a la dignidad humana. La subjetivización de la dignidad requiere de un análisis casuístico.

De esta forma, es como los futuros desarrollos del Derecho constitucional y de la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales reforzarán el carácter emancipador de la dignidad en la cultura política y jurídica de nuestro tiempo, garantizando su eficacia como el derecho fundamental a la dignidad humana.

2.9. Los Instrumentos Convencionales Internacionales

La dignidad humana es un valor distintivo de la especie humana, de donde dimanarían otros valores y derechos fundamentales, tanto para el individuo como para la colectividad. En tal virtud, todo ser humano debe ser respetado y protegido en su dignidad y no se debe atentar contra ella²³.

²² Häberle, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: PUCP Fondo Editorial - Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 1997, pp. 289 y ss.

²³ La humanidad ha sido constantemente privada del reconocimiento de su dignidad, así como pisoteados y violados los derechos que se derivan de ella. La violencia de cualquier tipo (física, técnica o social) que se

Bajo esta perspectiva, la dignidad humana ha sido incluida no sólo en sede normativa interna, sino también en varios documentos jurídicos convencionales²⁴, pues la Comunidad Internacional también ha hecho manifiesta su preocupación por incluir a la dignidad como valor inserto en el ordenamiento jurídico internacional. Así, la dignidad deviene de ser un mero valor –o principio, en el mejor de los casos– a precepto de naturaleza vinculante²⁵.

Cabe destacar que cada Estado, para adoptar un tratado en su ordenamiento interno, debe regular dicho procedimiento en su ordenamiento nacional. Así, en el caso de la Constitución Mexicana, se especifica por el Artículo 133, mismo que determina “[...] todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado serán Ley Suprema de toda la Unión [...]”²⁶.

ha cometido contra cada individuo, constituye una serie de conductas inhumanas, irracionales, anticulturales que atentan contra la dignidad humana, quedando su respeto y protección en papel, como letra muerta. El ejercicio, respeto y promoción de la dignidad humana, de la cual somos acreedores todos, sería posible con la convivencia en paz, la justicia social, la libertad, la igualdad, la seguridad, la intimidad, la diversidad cultural y la conservación de la naturaleza. Es por ello que todo ser humano, además, tiene la obligación ética de asumir la defensa de la dignidad de la persona y de igual manera velar y denunciar los atentados que se cometan contra la misma Vid. “Compromiso Universal por la Dignidad Humana”, II Congreso Mundial de Bioética, en la página web www.uexternado.edu.co/derechoyvida/ii_congreso_bioetica1.html [Accesada el 10 Mayo de 2015].

²⁴ Cabe señalar que la referencia a la dignidad humana no se encontraba en los antecedentes de proyectos de anteriores declaraciones, tal como es el caso de la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre, adoptada en 1929.

²⁵ En este contexto, hay que recordar que el tratado internacional ha sido definido por Reuter como “una manifestación de voluntades concordantes, imputables a dos o varios sujetos de derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos de acuerdo con las normas de derecho internacional”. Vid. González Campos, Julio D. et al, Curso de Derecho Internacional Público, 6ª Edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 164, así como también la traducción española de la obra del propio P. Reuter, Introducción al Derecho de los Tratados, Traducida por L. Suárez, Eduardo, Revisada por Haggemacher, Peter, Fondo de cultura Económica, México, 1999, pp. 38-39 y 44-45. Por su parte, en el ámbito legal el concepto de tratado se ha consagrado en el Artículo 2º, párrafo primero, apartado a), del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados, mismo que considera a este instrumento como el “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estado y regido por el derecho internacional, ya que conste de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Al respecto vid Convenio de Viena de 1969. México lo ratificó el 25 de septiembre de 1974, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Febrero de 1975, entrando en vigor el 27 de enero de 1980.

²⁶ El Artículo 133 hace evidente que el Constituyente optó por un mecanismo a doble grado o nivel, siendo la “celebración” de los tratados internacionales facultad del Ejecutivo Federal (Artículo 89, fracción X), su ratificación –es decir, su “incorporación” al ordenamiento jurídico interno, su transformación– es facultad del Senado de la República (artículos 76, fracción I y 89, fracción X). Es por ello que el Estado Mexicano ha optado por la tesis dualista, obedeciendo a la exigencia de que tanto los tratados como las

Por lo cual, se debe tener presente que al momento que un Estado forma parte de un tratado, debe respetarlo y hacerlo cumplir *ad intra* de su colectividad²⁷.

A continuación, se examinarán los instrumentos internacionales que han incluido en su texto el concepto de dignidad humana.

2.9.1. La Carta de las Naciones Unidas.

La idea de crear un organismo internacional universal surge durante la Segunda Guerra Mundial. Los líderes mundiales se reunieron en San Francisco con la intención de poner fin a la guerra que prevalecía en aquellos tiempos y consideraron que era momento de crear un mecanismo que fomentando el dialogo intergubernamental previniera conflictos bélicos para que pudiera prevalecer la paz y la seguridad en el mundo²⁸.

leyes estén conforme a lo dispuesto por la Ley Suprema. En tal virtud, la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había establecido, en varias tesis que los tratados internacionales tenían el mismo rango normativo que las leyes federales. Vid. “Leyes Federales y Tratados Internacionales. Tienen la Misma Jerarquía Normativa”, Amparo en revisión 2069/1991, Manuel García Martínez, 30 de junio de 1992, Mayoría de quince votos, Ponente: Victoria Adato Green; Secretario Sergio Pallares y Lara, en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 60, Diciembre de 1992, Tesis P C/92, p. 27: “Tratados Internacionales, el Artículo 133 Constitucional, Última Parte, No Establece su Observancia Preferente Sobre las Leyes del Congreso de la Unión Emanadas de la Constitución federal”, en Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vols. 151-156, Parte Sexta, p. 195. Dicha postura cambió radicalmente con la tesis P. LXXVII/99, derivada de la ejecutoriada del amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores del Tráfico Aéreo, resuelto el 11 de mayo de 1999. Puede consultarse la tesis en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 46, así como en ABZ Información y Análisis Jurídicos, Número 125, noviembre del 2000, p. 4. Cfr. Roa Ortiz, Emmanuel, “Tratados Internacionales y control Previo de Constitucionalidad: Una Propuesta para Evitar que la Impartición de Justicia sea Motivo de Responsabilidad Internacional para el Estado Mexicano”, en Anuario ABZ, México, 2002, pp. 330-331

²⁷ Al respecto, el Convenio de Viena de 1969, en su artículo 29, expresa: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”; mientras que su Artículo 30, dice: “1. [...] los derechos y las obligaciones de los Estados partes en un tratado sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes; 2. cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán los dispuestos de este último [...]”. Vid. Corriente Córdoba, José A., Derecho Internacional Público. Textos Fundamentales, Marcial Pons, Madrid, s/f, p. 19.

²⁸ Del 25 de abril al 26 de junio de 1945 los representantes de 50 naciones participaron en la Conferencia de San Francisco, con la intención de elaborar lo que sería la futura Carta de las Naciones Unidas

Así, la Carta de las Naciones Unidas²⁹, en su Preámbulo, enuncia “[...] la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos del hombres y mujeres”. Por lo que la inclusión del concepto de dignidad humana en la Carta constituyó una feliz y trascendente innovación en el Derecho Internacional positivo. Para lo cual, en el futuro, la noción de la dignidad, aunque incluida en el Preámbulo de la Carta, sin efecto jurídico vinculante, ha incidido en la interpretación y el sentido de numerosos instrumentos internacionales³⁰.

El Artículo 1º declara, como propósito de la cooperación internacional, “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Su Artículo 55-c dispone: “[...] la organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Y en su artículo 62-2 señala, como función del Consejo Económico y Social, la de “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades”.

Durante los primeros años de vigencia de la Carta de Naciones Unidas se hizo evidente una seria deficiencia en su texto, ya que no contenía disposiciones específicas de derechos humanos –aún y cuando en su Preámbulo hacía referencia a los mismos–, pues el problema que se mantenía era si realmente dicha documento convencional imponía obligaciones jurídicas de comportamiento a los Estados miembros en materia de derechos humanos.

Una vez que se llegó a la conclusión de que dicha Carta no contenía una enumeración, menos aún, una definición de derechos humanos y libertades fundamentales, fue necesaria la creación de un órgano³¹ encargado de regular los vacíos que contenía la Carta de las Naciones Unidas. Tal ente fue la Comisión de Derechos Humanos, misma que

²⁹ Adoptada el 26 de junio de 1945.

³⁰ GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, Volumen 4, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2003, pp. 202-203.

³¹ Mediante las Resoluciones Número 5 del Consejo Económico y Social del 16 de febrero de 1946, 9 y 12 del 21 de junio del mismo año. Ibidem, p. 202

se dio a la tarea de redactar un texto de alcance mundial que contuviera un catálogo de Derechos Humanos, de esa forma, nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2.9.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En 1946 se crea la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, encomendándosele la redacción de una Carta Internacional de Derechos. En 1948, la Asamblea General adopta lo que sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos, misma que se convirtió en un documento de interés internacional, puesto que varios Estados comenzaron a “adherirse” a ella³².

La Declaración se funda en la consideración ética de que el Estado, la sociedad y los particulares están obligados a respetar a los demás como personas.

De esta forma, la dignidad humana se eleva a mandato ético-jurídico del cual se derivan distintos valores, los cuales serían tutelados por los Derechos Humanos. Por lo que la primera enunciación a la dignidad se estipula en su Preámbulo, señalando que “[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables [...]”.

Para lo cual, la Declaración clasifica los valores en individuales y colectivos, es decir, considera al ser humano en su dimensión particular y como miembro integrante de un grupo social. Siendo los valores jurídicos relativos a la igualdad, la libertad, y la seguridad jurídica, los que se encuentran expresados bajo la forma de Derechos Humanos.

Los derechos protegidos por la Declaración son, entre otros, el reconocimiento de la igualdad en dignidad, pues se afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en

³² GARCÍA RAMÍREZ. Sergio, Los Valores en el Derecho Mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 244.

dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos y los otros”.

La lectura del artículo anterior clarifica que la dignidad y la sana convivencia son la base fundamental para que pueda existir una sociedad en armonía y se pueda lograr el pleno respeto de la persona. Así, de la dignidad humana se desprenden otros valores inherentes al individuo.

Esto es así puesto que la Comunidad Internacional ha reconocido que los derechos económicos, sociales y culturales están íntimamente relacionados con las prerrogativas civiles y políticas. En tal virtud, en 1951, la Asamblea General de la ONU, acordó que el sistema para llevarlos a la práctica tenía que ser distinto, y que los derechos económicos, sociales y culturales debían conseguirse progresivamente, mientras que los civiles y políticos debían asegurarse inmediatamente. Por tal motivo, la propia Asamblea General, órgano plenario de las Naciones Unidas, decidió redactar dos instrumentos convencionales que serían adoptados conjuntamente el 16 de diciembre de 1966 y que se abrirían para su firma por parte de los Estados en la misma fecha.

Las negociaciones de ambos tratados se prolongaron durante quince años esencialmente debido a la falta de consenso. Finalmente, mediante una Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas³³, se adoptan tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ello significó un notable avance, en particular para aquellos derechos que incorporaron las necesidades mínimas del ser humano en el aspecto económico, social y cultural, las cuales traducen exigencias éticas derivadas de la vida de la persona en sociedad³⁴.

³³ La Resolución emitida por las Naciones Unidas fue la número 2200 A (21) del 16 de diciembre de 1966.

³⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit., pp. 246-248.

2.9.3. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos³⁵ incorpora más prerrogativas que las reconocidas por la propia Declaración Universal de 1948. Entre otras, garantiza prerrogativas individuales que no se mencionan expresamente en aquella, como la libertad de no ser encarcelado por deudas, el derecho de todas las personas privadas de su libertad a recibir un trato humanitario y con respeto a su dignidad como derecho inherente a la persona humana.

La protección específica de la dignidad se consagra *expressis verbis* en el artículo 10º, que a la letra dice: “Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano”.

Otros derechos previstos son el derecho a la vida, (artículo 6º); así como el reconocimiento a su personalidad jurídica (artículo 16º); la protección para que no sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 17º); y, la igualdad de todas las personas ante la ley (artículo 26º). Todos ellos derivados de la dignidad personal.

Queda clara, pues, la mención que se hace a la dignidad del ser humano y la protección que debe tener por parte de los Estados parte del tratado, no importando la situación en que se encuentre cada individuo.

2.9.4. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este documento³⁶ contiene una serie más amplia y específica de derechos que la Declaración Universal, tales como la obligación de los Estados de proporcionar a sus habitantes un nivel de vida adecuado y el derecho de gozar de los más altos niveles posibles

³⁵ Aprobado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de mayo de 1981

³⁶ Aprobado por la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de mayo de 1981.

de salud física y mental. Ya en el Preámbulo se enuncia: “[...] la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana [...]”.

El Pacto tiene la particularidad de no obligar a los Estados parte a concretar de inmediato los derechos consignados (a diferencia de lo que prescribe el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos); sólo se dispone que los Estados deberán tomar las medidas necesarias en la máxima capacidad de sus recursos disponibles para alcanzar progresivamente la completa realización de esos derechos.

Siendo un documento que fundamentalmente busca garantizar la calidad de vida en una sociedad, y uno de los medios en el que se basa la dignidad es el trabajo, no sólo se humaniza la naturaleza, sino que el hombre se humaniza a sí mismo, es decir, desarrolla y eleva sus potencialidades creativas. El trabajo es fuente del desarrollo del hombre, mismo que preserva y despliega a la humanidad, debiendo ser reconocido y garantizado en condiciones de igualdad y con respeto a la dignidad del trabajador.

2.10. El Ámbito Constitucional de la Dignidad Humana.

La vida en sociedad exige su regulación por parte de las normas que se han creado para ello. Las normas deben ser aplicadas de manera igualitaria para todos sus miembros. Por ello, la igualdad constitucional es definida como “igualdad ante la ley”³⁷.

Afirmación respecto a la cual no existe duda, ya que se ha analizado la importancia que implica ser portador de una dignidad, misma que debe serle reconocida de manera igualitaria a todos los individuos como sujetos partícipes de la misma y que cuentan con derechos y obligaciones al interior del Estado.

³⁷ Por mencionar algunos casos: La Constitución española, en su Artículo 14, dice al respecto: “Los españoles son iguales ante la ley [...]”; en la Constitución italiana, se lee en su Artículo 3º: “Todos los ciudadanos tienen status social igual y son iguales ante la ley [...]”; lo mismo sucede en la Constitución del Japón, en su Artículo 14º, que a la letra dispone: “Toda la gente es igual bajo la Ley [...]”; así también, la Ley Fundamental de Bonn de la República de Alemania, menciona en su Artículo 3º: “Todos los hombres son iguales ante la ley”.

Si bien es cierto que la dignidad es un concepto universal, que debe ser considerado en todo ordenamiento jurídico interno, serán los Estados quienes se encarguen de protegerla e incluirla dentro de su normativa, a fin de hacerla efectiva. Para lo cual resulta indudable que la ley constitucional es la sede más adecuada para ello³⁸.

En la actualidad existe un gran número de normativas fundamentales que han incorporado el concepto de dignidad humana a sus Constituciones. Ejemplo de lo anterior lo es la Constitución griega, misma que en su Título denominado “Dignidad Humana”, señala: “El respeto y la protección de la dignidad humana constituye la obligación primaria del Estado”.

Cabe destacar, que al ser la dignidad un parte importante de los individuos, será el Estado quien la tendrá que garantizar para que pueda ser concretada, para que el propio individuo pueda actuar y realizarse conforme a su dignidad.

2.11. Principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución.

La Constitución Política de 1993, siguiendo la línea trazada por la Constitución de 1979, hizo también referencia expresa a la dignidad humana, la cual fue incluida en su texto a través del artículo 1°.

En este sentido, el artículo aprobado señala:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

³⁸ En el siglo XVII, en diversos documentos constitucionales se establecieron determinados derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos ingleses, donde la dignidad comenzaba a cobrar fuerza, así con las declaraciones surgidas a finales del siglo XVIII de las revoluciones americana y francesa, se proclamaron con carácter de generalidad y no sólo para sus nacionales, los derechos del hombre. Dichos textos son: La Declaración de los Derechos de Virginia (Bill of Rights) del 12 de junio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, misma que fue adoptada el 26 de agosto de 1789. A partir de entonces, la mayoría de las constituciones estatales enunciaron, en su parte dogmática, una serie de derechos humanos y libertades fundamentales, y en su parte orgánica incluyeron la parte procesal que establecían los medios para el control y respeto de tales derechos y libertades. Cfr. Pastor Ridruejo, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1999. p. 1999. Citado por GARCÍA GONZÁLEZ Aristeo La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos. En: http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm#_ftn40. Consulta 07 feb.2015.

Este primer artículo, en nuestra opinión, desempeña la función constitucional de un Preámbulo, colocando a la persona humana como máximo valor, y por encima de cualquier otro bien jurídico. Ello, máxime cuando el constituyente de la Carta Magna vigente se sustrajo de redactar dentro del texto constitucional un preámbulo que contuviera una declaración amplia de los principios que nutrían aquel momento constituyente en la misma forma como lo había hecho la Constitución precedente. Por el contrario, se optó por la redacción de un introito meramente formal y de raigambre conservadora, que no resulta ser expresión de la Constitución material.

En ese sentido, los fines que pasaría a cumplir el artículo 1º, en tanto comparte la naturaleza de un preámbulo constitucional, tal como lo conceptúa el profesor Häberle, serían, de un lado, la formulación de posturas valorativas, ideales y convicciones que sustentan la decisión política fundamental del pueblo de darse una Constitución; y de otro, establecer los vínculos de identificación de los ciudadanos hacia el Estado constitucional democrático.³⁹

Constituida de este modo, la dignidad humana se erige en el principal objetivo tangible de la sociedad y del Estado peruano en el marco de la Constitución vigente; lo que resulta de gravitante importancia, pues “un contrato sin objetivos es nulo y una Constitución sin objetivos puestos de manifiesto en el Preámbulo, sería como una colección de palabras vacías. Asimismo, el artículo 1º como todas las disposiciones de derechos fundamentales tiene un doble carácter, de un lado, la de norma principio, en tanto mandato de optimización y cláusula hermenéutica que informa la interpretación y aplicación de la totalidad de la Constitución; y, de otro, norma regla, porque establece una razón definitiva que impone su cumplimiento.

Es de este doble carácter que se desprende en toda su dimensión la principal finalidad jurídico-constitucional de la dignidad humana como contenido y concretización de la Constitución material, consistente en operar como límite insuperable –cláusula pétrea– del

³⁹ <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Carolina%20Canales%20Cama.pdf>

ordenamiento jurídico nacional y de la propia reforma constitucional. Ésta pasa a formar parte de la esencia misma de la Constitución, o su “contenido fundamental”.

Esta proyección de la relevancia constitucional del referido artículo —que será objeto de mayores desarrollos, y que sólo nos permitimos apuntar en este punto— no termina por soslayar la especial incidencia que tiene para la plena garantía de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en el Capítulo I, Título I de la Constitución Política de 1993, dada su ubicación dentro del texto constitucional.

Profundizando en el análisis histórico, podemos señalar que este artículo reproduce la ratio tanto del segundo párrafo del Preámbulo como del artículo 1º de la Constitución de 1979. No obstante, presenta, a nuestro modo de ver, una novedad relevante con respecto a aquélla, consistente en la positivación de la dignidad humana en el catálogo de derechos.

Al convertirse la dignidad en un valor fundamental, no sólo para el individuo sino también para la sociedad, los juristas la han considerado como el pilar principal de toda convivencia gregaria, siendo en el ámbito de la doctrina donde se puede comprender lo que significa ser persona, portadora de dignidad. Ello en virtud de que la dignidad humana “[...] constituye una expresión del máximo respeto y valor que debe otorgarse al ser humano en virtud de su condición humana”⁴⁰.

Por tal motivo, la dignidad humana se erige como principio de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad. Valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos. De ahí que “[...] la dignidad humana sea el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo [...] su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para ser real y efectiva la dignidad humana”⁴¹.

⁴⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Conclusiones de la Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl en el asunto C-36/02, Omega/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, presentadas el 18 de marzo de 2004, Párrafo 75.

⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Los Valores Superiores, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85-86. En el contexto normativo, la Constitución española denomina “valores superiores del ordenamiento jurídico” a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (Artículo. 1º).

En consecuencia, la dignidad se convierte en el atributo “de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da”, como afirma Kant. Por lo tanto, la autonomía sirve como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional. Así, “cuando algo tiene precio, en un lugar puede colocarse algo diferente como equivalente; en cambio, aquello que está por encima de todo precio y, por tanto, no tiene ningún equivalente, posee dignidad”, y la “persona no puede ser tratada como un medio sino que tiene que ser en todo momento utilizada al mismo tiempo como fin; en ello consiste la dignidad”⁴².

Por lo que la idea de la dignidad humana, o valor atribuido a cada persona humana, no puede ser sustituida por ninguna otra. Sin embargo, sus limitaciones pueden verse en los propios valores básicos que la erigen, como lo son la autonomía, la seguridad, la libertad o, inclusive, igualdad.

En este contexto, la dignidad humana se constituye como el sustrato y el punto de partida de todos los derechos humanos que se diferencian a partir de ella, y a la vez actúa como un punto de vista que da perspectiva a los diferentes derechos humanos lo que permite entenderlos e interpretarlos⁴³.

Partiendo de la esencia del hombre, considerándola como “aquello por lo que una cosa es lo que es”, esto es, lo que determina al ser de una manera y no de otra, respecto al hombre, su esencia es lo que determina su modo de ser. De ella se deriva una serie de propiedades fundamentales que tienen los entes que son partícipes de una misma esencia. Las personas entienden porque tienen una naturaleza racional, pero, además de que poseen raciocinio, también cuentan con un espíritu, el cual les ayudará a ser dueños de sus actos, conscientes de sí y con una finalidad que será trascendente en el tiempo. Valores morales. Siendo los valores parte del ser ideal del hombre, tienen una existencia objetiva que los

⁴² HOERSTER, Norbert, En Defensa del Positivismo Jurídico, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 91.

⁴³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Conclusiones del Abogado General Christine Stix-Hackl en el asunto. C-36/02, *Omega/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, presentadas el 18 de marzo de 2004, Párrafo 76.

excluye de la conciencia que los capta. Por ello, solamente existen y están allí, y el hombre penetra en ellos a partir de su dimensión espiritual. Pues éstos serán los que lo obliguen adecuar su conducta a ellos, y lo llevarán a la permanente búsqueda de su perfección.

Bajo esta perspectiva, el humanismo fundamenta el valor de la persona humana en dos cuestiones; primero, la persona es un individuo; y, segundo, la persona tiene una dimensión moral. En la primera encontramos cómo la individualidad del hombre es lo que determina que cada uno de nosotros sea único e irrepetible. Pues esto es lo que le da valor a cada ser humano, siendo ese un valor único, incalculable e inaccesible.

El valor moral que le da el humanismo al individuo, es por el hecho de que cada hombre vive bajo su propia responsabilidad moral. Así, cada uno de nosotros está frente a los valores y la responsabilidad de hacerlos cumplir dependerá de nosotros mismos, puesto que nadie los puede realizar por nosotros, ni mucho menos cumplirlos bajo nuestra responsabilidad. La dignidad del hombre es, entonces, originalmente un valor moral y toda persona está capacitada para su autorrealización. Es por ello que el Estado está obligado a protegerla en el marco de sus posibilidades⁴⁴.

Al ser los valores morales captados por el hombre a partir de su dimensión espiritual, lo obliga, le exige, adecuar su conducta a ellos, razón por la cual el ser humano constantemente debe estar en busca de su perfección.

Así, la dignidad de la persona constituye un “*prius*” respecto de todo ordenamiento jurídico-positivo, por lo que los derechos que le son inherentes constituyen el fundamento de toda comunidad humana. De donde se establece que el hombre no existe para el Estado, sino que el Estado es el que existe para el hombre⁴⁵.

⁴⁴ BENDA, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, en Benda, Ernesto et al, Manual de Derecho Constitucional, op. cit., pp. 124-125

⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Dignidad de la Persona Como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico”, en Derecho Puc, Número 50, Universidad Pontificia del Perú, Lima, Diciembre, 1996, p. 26.

Cada individuo de la especie humana es persona, es decir, un sujeto único dueño de sí mismo, de sus actos, consciente de sí y con una finalidad que constantemente busca y trata de cumplir. Siendo esto alcanzar el logro de su felicidad anhelada.

Esto es, al ser la persona dueña de sus actos, se percibe la existencia de valores en ella misma, puesto que no surgen del espacio, ni se dan de los propios sentidos, sino que simplemente captamos y develamos a partir de la dimensión espiritual con la que cuenta cada uno de los hombres. Los valores no se pueden tocar, ni oler, ni mucho menos ver, pues son como una sustancia inmaterial, siendo ésta una limitación que impone la naturaleza a la persona respecto a los valores, pero lo que no impide de modo alguno es que se reconozca en su existencia objetiva (en sí) a estos

En este sentido, se configura el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, recogido en el artículo 51 de la Constitución:

[...] La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

Este valor normativo fundamental de la Constitución constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho, que es la forma de gobierno consagrada en el artículo 43° de la Carta Fundamental, que exige una concepción de la Constitución como norma, la primera entre todas, y la más relevante, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, pues resulta difícil encontrar preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica; convirtiéndose cada uno de los mismos en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno, entre ellos los actos administrativos de los organismos reguladores.

Por ello, el Tribunal Constitucional, como supremo garante de la constitucionalidad, a través de sus sentencias ha señalado que la Administración Pública para garantizar un

ejercicio jurídico, en esa medida legítimo, de sus potestades, debe encontrarse vinculada en primer término a la Constitución, y que es a partir de esa conformidad primordial que se encuentra en segunda instancia sometida a las normas legislativas, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma y que desarrollan sus preceptos.

2.12. Los derechos fundamentales de la persona humana

El concepto de derechos fundamentales comprende:

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

“ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

“Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una ‘enumeración abierta’ de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) El Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado,

debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar” (STC 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 13 a 15).

Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.

Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

“designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. 4ta. Ed. Madrid: Tecnos, 1991, p 31)

A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú

En el contexto descrito la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de conceptos jurídicos como pueden serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco de conceptos políticos como democracia o parlamento. Más, ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico.

En la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano, en los espacios amplios a donde concurre para entrar en relación con otras personas –entiéndase el ordenamiento estatal o la propia comunidad internacional–. Para lograr esta vinculación, la dignidad humana comporta un triple carácter: a) como valor; b) como principio; y c) como derecho fundamental.

Pues, sólo de esta forma la dignidad humana muestra todas sus posibilidades cuando nos otorga los criterios para dar respuestas solventes a los principales retos del

constitucionalismo contemporáneo. Todo lo cual nos lleva a concluir que las investigaciones en la materia tendrán como *telos* construir un puente dogmático, que al profundizar en el contenido ontológico del principio jurídico-fundamental de la dignidad humana, encontrará uno –si no el más importante– de los pilares de la constitución de la comunidad política nacional.

2.13. Debido proceso y organismos reguladores

De la concepción de que la Constitución es una norma de aplicación directa; es auténtico Derecho.⁴⁶

Se desprende el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Y esta declaración no resulta ser innecesaria y reiterativa, a pesar del reconocimiento de la supremacía normativa vinculante de la Constitución, pues siendo los derechos fundamentales parte del contenido dogmático de ella, se hace necesaria una reafirmación, en atención al especial significado que justifica su sistema de protección y mandato del artículo 44º de la Carta Fundamental, que establece como deber primordial del Estado [...] *garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*.

Es así como el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los entes que ejercen poder público en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales.

⁴⁶ ALVÁREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional, Volumen I. Madrid: Tecnos, 1999, p. 162

De manera indubitable se incluyen los organismos reguladores que, en el marco de los procedimientos administrativos que lleva a cabo, señalan que deben respetarse las garantías básicas de los derechos fundamentales de los que son titulares los particulares, entre ellos especialmente el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, que, tal como lo ha recordado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, es una garantía que si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los órganos autónomos constitucionales.

2.14. Consideraciones Finales.

La dignidad humana es un valor fundamental e inalterable, aún y cuando puede ser interpretado por la persona de manera diversa, su fundamento radica en que todo ser con capacidad para razonar y decidir se hace acreedor a ella, es decir, a todo ser humano le corresponde. Esto es, la dignidad se encuentra presente en los seres racionales, misma que se constituye como un fin en sí mismo, y nunca como un medio que permita satisfacer bienes ajenos.

Aunado a ello, la dignidad humana, nos conmina a juzgar y tratar a nuestros semejantes por lo que hacen (acciones voluntarias) y no por lo que son (por propiedades y circunstancias accidentales tales como el sexo, la raza, etc.), de ahí que la dignidad esté basada en nuestra condición de seres libres, escultores de nosotros mismos, capaces de tener lo que deseamos y ser lo que queremos.

Si bien, bajo la perspectiva jurídica aún no se ha llegado a un concepto preciso sobre la dignidad, dada su relevancia, se le ha incorporado a los ordenamientos constitucionales y documentos convencionales, puesto que de ella, según el consenso mayoritario, se desprenden los principales derechos fundamentales.

Finalmente, la dignidad, como esencia de la existencia humana, hace posible la realización de la persona en todos sus aspectos. Fin último del hombre es buscar los medios más eficaces y adecuados para lograr su realización material.

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO DEL MENOR INFRACTOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA

3.1 Referencias Históricas

No se conoce país civilizado en que no se haya establecido normas legales de protección y de sanción al menor. Esa protección en los pueblos primitivos la realizaron y la realizan en forma rudimentaria.

En el pasado un niño no era sujeto valorable o valorado, recuérdese que la supresión de los recién nacidos era una práctica muy difundida en todas las culturas; la Biblia menciona tres matanzas de niños: la de los judíos en la época del nacimiento de Moisés; de los niños egipcios al momento del Éxodo y la de Belén en ocasión del nacimiento de Jesús. Esta actitud obedecía que el niño no era considerado una riqueza y era siempre reemplazable. Las leyes romanas que regulaban el matrimonio y su disolución tenían disposiciones precisas en cuanto a los bienes, pero no hablaban de los hijos. A fines del siglo XVIII, para explicar las causas de mortalidad infantil, se señalaba que la muerte de un niño era mirada como un incidente banal al cual pone remedio el nacimiento el siguiente hijo. La tarea de curar los niños era de las mujeres y por eso los médicos se negaban a visitar niños enfermos. Esta situación continuó, incluso, durante la Declaración de los Derechos del Hombre en 1798, surgida de la Revolución Francesa, que no contiene ninguna mención a los niños.

La evolución del tratamiento del menor que infringía la ley, fue dándose de la siguiente manera:

3.1.1. En el Derecho Antiguo

La normatividad jurídica penal no variaba sustancialmente con la aplicada a los adultos. Retrocediendo en la historia, se tiene que, 4,000 A.C., en Egipto y Sumeria, ya existían acciones de represión y de protección hacia los menores. En esta época Egipto mantenía esclavizado a los israelitas y para evitar el peligro o amenaza a su pueblo mandó a matar a todos los niños varones de los israelitas. Asimismo los Egiptos condenaban al padre a permanecer abrazado por tres días junto al cadáver de su hijo cuyos maltratos le hubiesen ocasionado la muerte. Mientras que los árabes enterraban viva a su primogénita en el desierto porque consideraban fatalidad para la familia el nacimiento de una mujer.

En el derecho romano, durante la época de Justiniano, se distingue 3 períodos de edad: a) irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de infancia, y el próximo a la infancia hasta los 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer, en que el infante no podía hablar y no era capaz de pensamiento criminal; b) proximidad a la pubertad hasta los 12 años en la mujer y 14 en el hombre, en que el menor no podía aún engendrar, pero la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; c) pubertad, hasta los 18 años, extendido después hasta los 25 años, denominado de minoría, se castigaban los actos delictuosos cometidos por los menores. Surge en esta época la “Ley del Talión” y en Roma el principio *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*, que también son aplicados a los menores.

3.1.2. En la Edad Media

Ante la caída del imperio romano de occidente, predominan los bárbaros dentro de los cuales destacan los germanos quienes enriquecieron su derecho con el de los romanos. Dando lugar a dos épocas: la primera antes de las invasiones, dándose el predominio de la iglesia y venganza privada. Y la segunda época durante las invasiones, dándose el predominio de leyes a cargo del poder público.

En el medioevo, consideraban la inimputabilidad del menor en sus primeros años, aun cuando no estaba legislado. El niño no cometía ciertos hechos, como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio. En el Medioevo y el Renacimiento, en el siglo X, ante el primer robo los padres debían garantizar la futura honestidad del autor y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa. Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores.

En el Derecho Canónico se reconoció la inimputabilidad de los menores hasta los siete años y se la aplicación de una pena disminuida de los siete a los catorce años.

Parens Patrice, una antigua doctrina del Common Law que sirve para comprender, parcialmente, la evolución producida. En la Inglaterra medieval, las cuestiones vinculadas a los niños fueron reguladas bajo la doctrina del parens patrice. Esta doctrina indicaba que el rey de Inglaterra (o su representante) era, figurativamente, el “padre de la nación” y, como tal, asumía la responsabilidad por todo asunto que involucraba a los niños...este poder discrecional del chancellor se ejercitaba, normalmente, con quienes no habían cumplido aún los 18 años. La filosofía de esta doctrina enfatiza el tratamiento, la supervisión y el control del menor infractor, en lugar de la punición tradicional; indica el poder y la responsabilidad del estado en proveer protección a los niños cuyos padres no le proporcionan los cuidados apropiados; de allí que el ofensor juvenil necesite la intervención benevolente del Estado. Con términos actuales, la finalidad del ejercicio de estos poderes debería servir al interés superior o al mejor interés del niño....lamentablemente, al lado de este aspecto positivo, se encuentra el punto negativo de la doctrina, cual es, haber servido para denegar a niños y jóvenes infractores el derecho a un juicio y a una sentencia justa.

3.1.3. En la Edad Moderna

Es la época donde el derecho presenta la más resaltante evolución y progreso, resalta Italia durante los siglos XII al XVII (Glosadores, Post Glosadores y sistematización

del derecho). En esta época se propugna un derecho especial para los menores de edad y se reservaba la pena hasta que el menor alcance la mayoría de edad.

En el derecho Español, la Ley de las Partidas, en el siglo XIII, hizo una distinción entre los delitos de lujuria y los demás delitos, y hace comentarios respecto de la edad, refiriéndose que si cesará la presunción de que antes de los 14 años fuere el niño púber, debería ser castigado.

Desde 1734, en Sevilla se procuraba tener una completa biografía del menor para resolver el caso. Es decir el Estado se inmiscuía en la vida del menor.

3.1.4. En la Edad Contemporánea

Tenemos la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, que recoge los principios humanitarios de la Revolución Francesa, surgiendo en el siglo XIX textos constituciones y penales que establecen la seguridad y protección de la persona respecto al delito. Los menores de edad no tenían un fuero especial de juzgamiento, ni penas especiales. Recién en 1899 nace el primer tribunal de menores en la ciudad de Chicago a efectos de dar un fuero especial al menor. En Rusia en 1897 se dispuso que los procesos a menores debían hacerse a puertas cerradas y con participación de sus padres. Sin embargo a pesar de estos cambios se mantenían los castigos al menor ya que era considerado como un objeto, al cual no se le reconocía sus derechos.

En esta época surgen las escuelas penales, que reciben la influencia de la sociología, dogmática y lógica humanizando así el derecho penal. El precursor es César Becaria con su libro “De los Delitos y las Penas”.

De lo desarrollado se puede concluir que en las diferentes épocas el menor no era sujeto de reconocimiento de derechos, pues era considerado como un objeto, al cual se le aplicaba medidas de represión, expiación y responsabilidad moral. A través del tiempo y con el crecimiento de la población y avances de ésta, el número de menores infractores se incrementó. A principios del siglo XX, en 1913, Lombroso escribía en un artículo

publicado en una revista inglesa, que la cantidad de delincuentes menores de edad había aumentado de 30.118 en 1890, a 67. 144 en 1900, y que el número de jóvenes condenados al año entre 1900 y 1910 había alcanzado un verdadero pico histórico.

Asimismo Kemelmajer indica que países como EE.UU. que llevan seriamente el aumento de la delincuencia juvenil, se calcula que entre el 30 y 40 % de las personas de sexo masculino que viven en las ciudades serán arrestados antes de llegar a los 18 años . Se cree que esta situación, hoy en día, no sería ajena a las demás realidades de los demás países en el mundo, pues sea por una u otra causa el aumento de la delincuencia juvenil para en aumento, en especial, se cree en los países sub desarrollados, donde la pobreza y falta de apoyo del gobierno incentivan a que los menores infrinjan la ley, porque la situación los llevo a eso, o bien para poder procurarse la satisfacción de las necesidades básicas para sí y para su familia.

Frente al aumento de la delincuencia juvenil nace la exigencia de introducir normas o introducir reformas legislativas, que regulen la conducta de los menores contraria al sistema normativo. Y con ello también surge los estudios de las causas por las que los menores de edad infringen la ley, del entorno en que se desenvuelve el menor, del análisis de eficacia y eficiencia de las leyes dictadas y formulación de nuevas leyes, el perfil del juzgador, el análisis del juzgamiento, las garantías y la imposición de la pena. Así, a través del tiempo y paso de los años los gobernantes o el aparato estatal a través de sus órganos respectivos van tejiendo un sistema normativo para regular las conductas de los menores, donde, se proclaman doctrinas que le sirven de sustento, independientemente del enfoque doctrinario que cada país adopte. Surgiendo cuestiones de discusión como, la imputabilidad del menor, las políticas de Estado, la edad mínima, la expresión para dirigirse al menor, etc.

A nivel mundial, en grandes líneas, los pasos históricos fueron:

- a) Fines del siglo XIX y principios del siglo XX: nacimiento de los tribunales penales juveniles: modelo de protección.
- b) Década de 1960: política del Welfare. Sin abandonar el modelo anterior, comienzos

del modelo educativo.

- c) Década de 1980, acento sobre los derechos y garantías judiciales. Al mismo tiempo, necesidad de promover nuevas formas de reacción social. Trabajos sociales; desjudicialización, modelo de la retribución y de la responsabilización.

En Latinoamérica, se tiene que, a pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún delito. Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una vasta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular. En el siglo XX surge los tribunales de menores.

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en donde se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores con una ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.

Las concepciones ideológicas del positivismo y de la Escuela de Defensa Social, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad.

Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989. Luego de la entrada en vigencia de esta convención, se ha iniciado en los años 90 un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica. Y hoy en día sigue ese proceso de reforma.

3.2. Antecedentes legislativos en algunos países europeos

La institución del Tribunal para Menores surgió en Estados Unidos a finales del siglo pasado⁴⁷, su objeto gira básicamente en torno a la sustracción del menor del campo del derecho penal y la han ido adoptando rápidamente diversos países europeos como: Francia, Holanda, Inglaterra, Suiza, Italia, Alemania y España.

1. Francia

El derecho francés ha tenido decisiva influencia en materia de menores, sobre todo a partir de su teoría del discernimiento,⁴⁸ aunque su legislación se ocupa de ellos desde mucho antes. Una ordenanza de 1268 consideraba con irresponsabilidad absoluta a los niños hasta los diez años, de ahí a los catorce recibirían amonestaciones o golpes y a partir de los quince quedaban sujetos a las mismas penas que los adultos.

En el siglo XVI se estableció un criterio totalmente proteccionista que excluyó de responsabilidad a todos los menores, no obstante, posteriormente como antítesis del mismo, surge el Código Penal de 1810, que proclama la responsabilidad penal de todos los niños, frenando así, los adelantos hasta entonces conseguidos y recién en 1912, aparece el primer esbozo de los Tribunales de Menores en la “Ley sobre Tribunales para niños y adolescentes y de libertad vigilada”, en la que aparece ya el criterio del discernimiento.

2. Holanda

En este país con anterioridad al siglo XX no encontramos datos importantes sobre la situación jurídica de los menores infractores. Es apenas en este siglo cuando se inicia legalmente la protección a la infancia y aparecen en 1921 los Tribunales para

47 Lejins, Meter P., “El problema de la delincuencia juvenil en Estados Unidos”, 50 años de Criminalia, México, año L, núm. S 7-12, Porrúa, 1984, pp. 57-73.

48 Mezger, Edmund, Derecho penal (Parte General), México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, pp. 205 y 416. Se refiere al discernimiento diciendo que es la capacidad de comprender la injusticia de la conducta y actuar según esa comprensión.

Menores⁴⁹.

3. Inglaterra

En tiempos remotos encontramos un régimen muy severo para los menores, a quienes incluso se les podía aplicar la pena de muerte. Afortunadamente, en el siglo X aparece una primera nota de mejoría, muy leve por cierto, que excluía de la pena capital a los niños que hubieran delinquido por primera vez, la cual produjo una serie de importantes reformas a lo largo de los siglos posteriores. En el siglo XIII se determinó no condenar a los menores de doce años por robo, y para el siglo XVI se establece la irresponsabilidad total hasta los siete años, fundándose el “Chancery Court” que descansaba ya en la idea de proteger a la niñez. En 1847 se dictó la “Juvenile Offender' Act”⁵⁰, con la finalidad de mejorar la situación de los infractores juveniles. La escuela tipo reformatorio aparece en 1954 y aproximadamente en 1905 surgen las Cortes Juveniles. Dos años más tarde, se instala el sistema de libertad vigilada y se inicia una corriente de prevención del delito que plasmó sus ideales en la “Prevention of Crime Act” de 1908, promulgándose también el código de Protección a la Infancia.

4. Suiza

Suiza prohibió la publicación en los juicios de menores a partir de 1862; fue de los primeros países en abandonar el criterio de discernimiento (1908); estableció como edad límite los 18 años e implantó tempranamente el sistema de libertad vigilada. En su Código penal de 1937 predomina el concepto de educación y se describe el tratamiento de rehabilitación para los menores, considerando los aspectos psicológicos que rodean al hecho.

5. Italia

Fue hasta 1908 en que se empezaron a notar mejorías en la situación de los menores infractores, pues es en este momento cuando surgen determinados aspectos sociales

49 Comparative Survey of Juvenile Delinquency, Nueva York, Naciones Unidas, 1958.

50 Solís Quiroga, Héctor, Justicia de menores. , 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 8.

-familia, amistades, educación, medio ambiente- como elementos de juicio fundamentales. Posteriormente surge la “Obra Nacional para la Protección de la Maternidad y la Infancia” (1925) y el Código Penal de 1930, que fijaba una irresponsabilidad plena hasta los catorce años, mientras que de los catorce a los dieciocho se resolvía conforme al discernimiento, pudiéndose optar en ambos casos por el sistema de libertad vigilada o el intercambio en una escuela de reforma. Los tribunales italianos para menores aparecen finalmente en 1934⁵¹.

6. Alemania

El 2 de julio de 1900 surge la “Ley Alemana de Educación Previsora” que inicia cambios favorables para la juventud delincuente, ya que en fechas anteriores poco es lo que se habla logrado, encontrándose datos que revelan la aplicación de la pena de muerte a niños menores de ocho años todavía en el siglo XVIII. La figura del juez de menores aparece en 1908 presagiando el surgimiento de la “Ley de Tribunales para Menores” de 16 de febrero de 1923 que trajo consigo grandes reformas legales: se ocupó del derecho de menores dejándolo por primera vez fuera del ámbito del Código Penal; declaró inimputables a los niños de menos de catorce años; y determinó para los jóvenes entre los catorce y dieciocho años la aplicación de penas atenuadas.

Entre 1939 y 1941 se dictaron tres ordenanzas que debían abrir camino para la implantación de la “Ley del Reich sobre Tribunales de Jóvenes” de 6 de noviembre de 1943, ocupándose respectivamente de reprimir la delincuencia juvenil, estructurar arrestos y establecer condenas indeterminadas para menores.⁵²

Actualmente, el sistema penitenciario alemán varía según los estados, pero en general, distingue entre la prisión preventiva, la prisión de adultos y las instituciones juveniles⁵³.

51 Ibidem,p.17

52 Mezger, Edmund, op. cit., nota 8, p. 405.

53 Marcó del Pont, Luis, op. cit., nota 3, p. 175

7. España

En España, según disposiciones contenidas en la “Ley de las Siete Partidas” (1263), se excluyó de responsabilidad al menor de diez años y medio, pues si rebasaba esa edad pero era menor de diecisiete años se le aplicaban penas atenuadas.

En 1337, Pedro IV de Aragón estableció en Valencia, bajo el nombre “Padre de Huérfanos”, una institución cuya finalidad era proporcionar protección y amparo a los menores problemáticos o delincuentes, aplicándoles medidas educativas y de tratamiento. Lamentablemente fue suprimida por Carlos IV en 1793. En 1600 se fundó el “Hospicio de Misericordia” que buscaba en parte la protección infantil y en 1734 surge en Sevilla, a cargo del hermano Toribio Velasco, una institución para ocuparse de la regeneración de jóvenes infractores prescindiendo de cualquier tipo de castigo y sustentada en una ideología correctiva y protectora. Ese mismo año Felipe V atenúa la penalidad a los menores entre los quince y los dieciséis años y luego, Carlos III ordena la creación de escuelas y hospicios para delincuentes de menos de dieciséis años⁵⁴.

Por su parte, el Código penal de 1822 declaró la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años, de los siete a los diecisiete se guiarían por el grado de discernimiento, devolviendo al menor con su familia, aplicándole una pena atenuada o bien, internándolo en una casa de corrección.

El 4 de enero de 1833 se expidió una Ley fundamentando la creación de Reformatorios, siendo el de Alcalá de Henares (1888) el primero en aparecer. Ya en 1834 se había logrado en las cárceles la separación de jóvenes y adultos, sin embargo, en 1893 se dio marcha atrás, perdiéndose todos los adelantos anteriores.

Los Tribunales de Menores tienen su origen en un Decreto Ley de 1918 en el cual se determinaba su creación, otorgándoles carácter tutelar. Finalmente, el Código penal de 1932 estableció la irresponsabilidad de los menores hasta los

54 Solís Quiroga, Héctor, “Historia de los tribunales para menores”, op. cit., nota 6, pp. 614 y 615.

dieciséis años, eliminando el criterio de discernimiento y planteando un sistema de atenuaciones para aquellos entre los dieciséis y los dieciocho años.⁵⁵

Con fecha 12 de enero de 2000 se promulga la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, también denominada Ley penal del Menor, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 13 de enero de ese año y que entró en vigor el 14 de enero de 2001. Ello a pesar que ya en el Código Penal vigente, de 23 de noviembre de 1995, se preveía la necesidad de regular la responsabilidad penal del menor, manteniendo en suspensión determinados artículos hasta dicha promulgación.

Con ella ha quedado derogada la anterior Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, texto aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, modificada por la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, así como también su reglamento de ejecución y determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La finalidad de dicha ley no es otra que la de regular la responsabilidad penal del menor de edad (concretamente del mayor de catorce años y menor de dieciocho), incluida la de los mayores que no superen los veintiún años en determinados supuestos (artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica 5/2000); y ello tanto desde el punto de vista estrictamente penal -comisión de hechos tipificados como delito o falta en el Código penal o leyes penales especiales- como la responsabilidad civil dimanante de la infracción penal y el proceso a seguir para exigir tales responsabilidades, que es lo que aquí nos interesa.

El procedimiento de menores -como se conoce al regulado en la ley que comentamos- se caracteriza fundamentalmente por dos rasgos o notas definitorias: por un lado, la instrucción de este proceso corre a cargo del Ministerio Fiscal

55 Mendizábal Osés, L., Derecho de menores (Teoría General), 2a. ed., Madrid, Pirámide, 1977

(artículo 16), que posteriormente remitir las actuaciones al Juzgado de Menores competente para la celebración, en su caso, de la audiencia (lo que equivaldría al juicio oral en los procedimientos comunes); y la otra característica que preside este procedimiento es la ausencia de acusación particular y, por supuesto, de acusación popular (artículo 25 de la Ley) con lo que las posibilidades de intervención del perjudicado o la víctima del delito son mucho más reducidas que en otros procedimientos y ello a pesar de lo que se dice en la Exposición de Motivos de la ley.

Reviste especial importancia para este trabajo la situación española, en tanto que su legislación no solamente estuvo vigente por largo tiempo en nuestro país, sino que además, continuó ejerciendo una constante y positiva influencia en nuestro régimen jurídico a través de sus significativos logros y aportaciones en el área penitenciaria y correccional

3.3. Antecedentes Legislativos en algunos Países Americanos.

Es imposible abarcar en tan reducido espacio la legislación de los países americanos en relación con el menor infractor, tanto por el número de países, como por los múltiples aspectos dentro de la problemática infantil. Sin olvidar la dificultad para obtener información confiable sobre leyes y realidades internas de cada país. Por ello solo podremos ocuparnos del tema a grandes rasgos

Los orígenes

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia adolescencia en América Latina, se remonta a la primera década del siglo XX. En 1919, se promulga en Argentina la primera legislación específica, ley 10.903, más conocida como ley Agote. Hasta entonces, la única diferenciación normativa existente se encontraba en los todavía vigentes códigos penales retribucionistas del siglo XIX. En general, dicha especificidad se limitaba a reducir las penas en 1/3, tratándose de autores de delitos con edad inferior a los 18 años. Existen además, pocas, dispersas e insignificantes leyes de carácter civil.

El niño propietario resolvía sus conflictos como adulto. Sin duda, el origen de la especificidad jurídica de la infancia es de naturaleza estrictamente penal⁵⁶. Más allá de lo ya señalado, ninguna otra diferenciación normativa era prevista para el momento de ejecución de las penas que casi siempre consistían en la privación de libertad. Adultos y menores de edad, indiscriminadamente, eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias.

Las deplorables condiciones de encerramiento, y la promiscuidad entre menores y adultos, generaron con mayor o menor intensidad en todo el continente, una fuerte indignación moral que se tradujo en un vasto movimiento de reformas.

El resultado del movimiento de reformas, fue la instauración en América Latina, en un lapso de tiempo de 20 años (Argentina 1919 - Venezuela 1939), de legislaciones de menores, que legitimadas en la protección de una infancia supuestamente abandonada y supuestamente delincuente, abrían la posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para "disponer"⁵⁷ de aquellos menores material o moralmente abandonados.

La fuerte tendencia a la institucionalización (eufemismo destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado), puso inmediatamente en evidencia que la indignación moral de los reformadores, se refería mucho más a los "excesos" y a la promiscuidad del encierro, dejando intacta una cultura hegemónica de secuestro y segregación de los conflictos sociales.

⁵⁶ Entre los escasos trabajos de naturaleza histórica en el contexto latinoamericano cfr. "Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina" (E. García Méndez - E. Carranza, 1990) y "Del Revés al Derecho" (E. García Méndez - E. Carranza, 1992). Para una visión europea y que se remonta hasta comienzos de la edad media cfr. W. Sanders (1970).

⁵⁷ El término "disponer", presente en la letra o el espíritu de todas las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, constituye un excelente ejemplo del carácter totalmente arbitrario que impregna esta legislación. Como afirma, Raúl Horacio Viñas, "(el término disposición) Recuerda más a acto del derecho patrimonial, a enajenación, aunque admito que abarca otras acepciones. Evoca la idea de facultades omnímodas". (1984, p. 299). Este comentario a partir de la realidad argentina es válido para todas las leyes "minoristas" del continente.

Este enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos (salud-educación), tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas. Munido de una competencia omnímoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver "paternalmente"⁵⁸, las deficiencias individuales del sistema. Sin embargo, aún en el contexto político-cultural dominante, la materialización de este nuevo enfoque estuvo lejos de ser pacífica y consensual. El poder-saber de la corporación médica, interfirió profundamente en la propuesta de judicialización de los problemas sociales. En el marco conceptual de un positivismo bio-antropológico, en el que los desajustes sociales remitían automáticamente a deficiencias genéticas de carácter hereditario, la figura del juez y la institución de los tribunales de menores, resultaban absolutamente inútiles⁵⁹.

El resultado concreto de esta tensión médico-jurídica, que se resuelve en un pacto de las corporaciones médico-jurídica se traduce concretamente en:

- a. El escaso nivel de materialización institucional de las nuevas ideas. La creación de los tribunales de menores, que debía ser la consecuencia lógica de la creación de las leyes de menores, se produce en tan pequeña escala, que reduce a meramente simbólica la función de estos tribunales. Resulta interesante observar, la forma como el enfoque tradicional de este tema, reduce la no implantación efectiva de los tribunales de menores a meras deficiencias burocráticas administrativas.
- b. La exacerbación del carácter arbitrario de la acción de estos tribunales. La falta absoluta de respeto a los derechos y garantías (comenzando por las constitucionales)⁶⁰, que constituyen muchas veces la deformación y los excesos en

⁵⁸ Sin excepción, todos los textos clásicos de la cultura "minorista", establecen que el juez de menores debe actuar como un buen padre de familia. Recuérdese que conocer el derecho y asegurar la justicia no forman parte de las funciones institucionales de este último.

⁵⁹ "No habiendo castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del estado, qué significado tendrían los tribunales para menores? Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario?" (A. Foradori, 1938, p. 343).

⁶⁰ La violación sistemática de las más elementales garantías constitucionales, constituye una característica dominante de todo el derecho de "menores" basado en la doctrina de la situación irregular. Sólo a modo de ejemplo, recuérdese que todas las constituciones latinoamericanas incluyen un precepto en el que se establece que "Ningún habitante de la república podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden

los procesos de los cuales son objeto los adultos pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, aparecen normativamente consagrados en el llamado derecho de menores. Resulta paradójico observar, que la falta de límites, garantías y formalidades, hace práctica y técnicamente imposible que el derecho de "menores" sea violado por aquellos encargados de su aplicación.

Este proceso de reformas sucintamente descrito, poseyó indudablemente una dinámica y autonomía propias, sin embargo, constituye también y principalmente el resultado de un movimiento más amplio originado en los EE.UU. de fines del siglo XIX, que repercutió con inusitada fuerza en la Europa occidental de comienzos del siglo XX⁶¹. Desde sus orígenes, también las leyes de "menores" nacen vinculadas a un dilema crucial. Satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial junto a las exigencias más urgentes de orden y control social.

En este sentido, no es infrecuente que el discurso se torne transparente, para justificar formas de tratamiento diferenciado de los menores. "El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales anteriormente desconocido. En consecuencia, son numerosas las personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí otra influencia que favorece una modificación del derecho penal y procesal".

Desde un punto de vista estrictamente formal, cada país posee su propia e individualizada legislación de menores. Sin embargo, nada justifica un análisis pormenorizado por país, en la medida en que, inspiradas invariablemente en la doctrina de la situación irregular, estas legislaciones se parecen unas a otras como gotas de agua. Por el contrario, en términos sustanciales me parece posible realizar una primera y general clasificación, según se trate de legislaciones producidas antes o después de la vigencia de la

escrita de autoridad judicial" (obviamente el estilo de redacción varía de país en país pero la sustancia permanece inalterada). A pesar de lo anterior, ninguna ley de "menores" hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, había traducido dicho precepto constitucional a nivel de la legislación específica.

⁶¹ Para un análisis de la influencia de los movimientos reformadores de los EE.UU. de fines del siglo XIX y la Europa de comienzos de este siglo. Cfr. E. García Méndez (1992).

Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las NU el 20.11.89). Esto significa afirmar, que la Convención constituye la divisora de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina.

Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina, que aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de "menores" de nuestro continente, otorgándoles los rasgos que en el próximo punto se enumeran.

El panorama completo del Estado de la adecuación legislativa en toda la Región que puede verse en el cuadro siguiente:

PAISES LATINOAMERICANOS EN LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE UNA LEGISLACION PENAL PARA ADOLESCENTES ADECUADA A LOS PRINCIPIOS A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHO DEL NIÑO Y DE LOS INSTRUMENTOS DE NACIONES UNIADAS EN LA MATERIA.

PAIS	NOMBRE DE LA LEY	ENTRADA EN VIGENCIA
BOLIVIA	Código del Niño, Niña y Adolescente	2000
BRASIL	Estatuto de la Niñez y Adolescencia	1990
COSTA RICA	Ley de Justicia Penal Juvenil	1996
ECUADOR	Código de la Niñez y Adolescencia	2003
EL SALVADOR	Ley del Menor Infractor	1995
GUATEMALA	Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia	2003
HONDURAS	Código de La Niñez y Adolescencia	1996
NICARAGUA	Código de La Niñez y Adolescencia	1998
PANAMA	Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescencia	1999
PARAGUAY	Código de La Niñez y Adolescencia	2001
PERÚ	Código de los Niños y Adolescentes	2000

URUGUAY	Código de la Niñez y Adolescencia	2004
VENEZUELA	Ley Orgánica del Niño y del Adolescente	2000

3.4. Legislación Latinoamericana en materia de menores infractores

A principios del siglo pasado surge la preocupación por la infancia en los países de la región latinoamericana. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el siglo XX, primeramente con la escuela positiva y luego con la escuela de la defensa social; y por otro lado, es resultado de la imitación de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en los Congresos internacionales efectuados para analizar el tema.

La primera legislación específica de la materia fue la de Argentina, promulgada en 1919. En décadas posteriores se promulgaron ordenamientos en la mayoría de los países de la región: Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60s, podemos afirmar que el derecho de menores se desarrolló intensamente, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los sesenta, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un nuevo auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y la reforma de leyes especiales; por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70s, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979.

Postulado básico de estas legislaciones, como ya vimos, fue “sacar” al menor delincuente del derecho penal común, alterando con ello todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un

derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, a pesar de que niegan derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989. Luego de la entrada en vigencia de esta Convención, se inició en los años 90s un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica.

A. Centroamérica

Un detallado panorama de la situación del menor infractor en Centroamérica, especialmente en Nicaragua, la da el penalista y criminólogo Sergio J. CUAREZMA TERÁN, de la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI), en su trabajo “La Justicia penal del adolescente en Centroamérica.”⁶²

Como hemos señalado, con la aprobación el 20 de noviembre de 1989 por la ONU de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se extendió la protección de los derechos humanos a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad. Nicaragua suscribió y ratificó en 1990 dicha Convención, la cual fue incorporada al artículo 71 de la Constitución Política de la República en 1995, en los siguientes términos: “La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención de los Derechos del Niño y la Nina”.

⁶² CUAREZMA TERÁN, Sergio. “La Justicia penal del adolescente en Centroamérica”. En Anuario de Justicia de Menores. Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 443-457.

La ratificación de dicha Convención por parte de los países centroamericanos ha estimulado intensas transformaciones legislativas nacionales. CUAREZMA TERÁN plasma este proceso en el siguiente cuadro:

i. Estado Actual de la Legislación Penal Juvenil en Centroamérica

País	Fecha de aprobación	Marco legal
Costa Rica	Marzo 1996	Ley de Justicia Penal Juvenil
El Salvador	Junio 1994	Ley del Menor Infractor
Guatemala	Septiembre 1996	Código de la Niñez y la Juventud
Honduras	Mayo 1996	Código de la Niñez y de la Adolescencia
Nicaragua	Mayo 1996	Código de la Niñez y la Adolescencia
Panamá	Agosto 1999	Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia.

En algunos países la reforma se ha promulgado dentro de “Códigos integrales” (Guatemala, Honduras y Nicaragua), y en otros en “Leyes concretas” (Costa Rica, El Salvador y Panamá). La forma de organización y funcionamiento de estos sistemas de responsabilidad penal juvenil suele ser similar, aunque difiere en ciertos puntos importantes.⁶³

⁶³ a) El Código de Guatemala, el cual establece que están sujetas a esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (art. 160);

b) El Código de Honduras (muy similar al de El Salvador); expresa que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común, y que sólo podrá “deducírseles la responsabilidad” prevista en el Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Los sujetos a dicho mandato legal son los niños mayores de doce años de edad que cometan una infracción o falta. Los menores de doce años no delinquen (art. 180).

c) En el caso de Nicaragua, la Justicia Penal Especial del Adolescente se aplica a los adolescentes que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en leyes penales especiales. Para la aplicación de medidas no privativas o privativas de libertad, el Código clasifica la responsabilidad por edades, de la siguiente forma: los adolescentes que tuvieren entre quince años y dieciocho años de edad, a quienes se les comprobare responsabilidad como autores o partícipes de una infracción, se les aplicaran las medidas establecidas, incluyendo la de privación de libertad. A los adolescentes cuyas edades se encontraran comprendidas entre los trece y quince años, a quienes se les atribuyere la comisión de un delito o falta, el Juez podrá aplicarles cualquiera de las medidas de protección especial establecidas en el Libro Segundo del Código o de las

El trato que se da a los menores en las diversas legislaciones centroamericanas en función de su edad, se expresa en el siguiente cuadro:

ii. Personas sujetas al ámbito de las Leyes Penales Juveniles de Centroamérica

País	Límite de Responsabilidad	Ámbito de aplicación	División por Edades
Costa Rica	12 años	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 15 años y de 15 a 18 años de edad
El Salvador de 16	12 años	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 16 años y a 18 años de edad
Guatemala de 15	12 años	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 15 años y a 18 años de edad
Honduras	12 años	De 12 a menos de 18 años	
Nicaragua	13 años	De 13 a menos de 18 años	De 13 a 15 años y de 15 a 18 años de edad
Panamá	14 años	De 14 a menos de 18 años	

Detalla CUAREZMA TERÁN el carácter particularmente procesal de la nueva legislación de menores. Las líneas generales tienden a un molde acusatorio y al respeto de

medidas contempladas en el Libro III, exceptuando la aplicación de cualquier medida que implique privación de libertad (art. 95). Según la normatividad nicaragüense, los niños que no hubieren cumplido los trece años de edad no estarán sujetos a la Justicia Penal Especial del Adolescente: están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, el Juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente, con el fin de que se le brinde protección integral, con la obligación de velar y proteger en todo caso para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Además, se prohíbe aplicarles, por ningún motivo, cualquier medida que implique privación de libertad (art. 95).

d) En Costa Rica, de conformidad con la Ley de Justicia Penal Juvenil, son sujetos de ella todas las personas que tengan una edad comprendida entre doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o en leyes especiales (art. 1).

e) En El Salvador, se consideran sujetos de la Ley del Menor Infractor, las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho (art. 2)

f) En Panamá, el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia incluye a todas las personas que hayan cumplido catorce y no hayan cumplido dieciocho años de edad al momento de cometer el delito (art. 7).

las garantías nacionales e internacionales reconocidas para el juzgamiento de toda persona adulta. Este modelo, describe, se basa en el cumplimiento del “debido proceso”, que reconoce y respeta los principios de inocencia, culpabilidad, legalidad, inviolabilidad de la defensa e imparcialidad de los jueces.

El Ministerio Público tiene una participación activa y le corresponde, en coordinación con la Policía, la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

Otra característica común de esta legislación centroamericana, señala, la constituye la idea de “desjudicialización o de intervención mínima”, que garantiza a las partes la oportunidad de participar activamente en la solución del problema a través de instituciones como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la remisión y la aplicación de criterios de oportunidad reglada.

Respecto a la concepción de las medidas, enumera, se basa en sanciones “no privativas de libertad”; encontrando las de privación de libertad con carácter excepcional.

En el caso de Nicaragua, ejemplifica, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua expresa que “La medida de privación de libertad es de carácter excepcional” (art. 206), como “última medida” (art. 202), y que el Juez deberá considerar “el sustituir esta medida por una menos drástica cuando sea conveniente” (art. 206). Todas las leyes exigen límites para la utilización de la privación de libertad, no solo el cumplimiento del objetivo de protección del proceso sino también de todos los requisitos establecidos legalmente para su procedencia.

Es interesante observar, que el límite máximo de la duración de la medida de privación de libertad puede ir desde los cinco años en Panamá, hasta los quince en Costa Rica.⁶⁴

⁶⁴ LIMITE MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CENTROAMÉRICA

País	Máximo de la sanción
Costa Rica	15 años

3.5. Surgimiento de la justicia penal juvenil en el Perú

Antecedentes históricos en el Perú

La Historia de la Justicia Penal Juvenil en el Perú ha sido un proceso singular de nacionalización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Se introdujo en nuestro sistema paulatinamente en los diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país, así tenemos:

3.5.1. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924

Las primeras normas jurídicas codificadas las encontramos en el Título XVIII del Libro Primero del Código Penal de 1924.

En este código existía una visión del niño desde la doctrina de la situación irregular. Se rechazaba la idea de castigo. Se afirmaba la inimputabilidad, aplicando tratamiento correctivo a los adolescentes de modo represivo, “acentuando el concepto de medida tutelar educativa, aplicable no sólo después de la comisión de los hechos reprimidos como delitos, sino a modo de prevención...los niños no son susceptibles de castigo. El Estado les debe simplemente una acción de tutela sea para prevenir su mala vida cuando se hallan en abandono, sea para corregirlos cuando han caído en la delincuencia”.

HERNADEZ ALARCON también nos dice que en esta línea la administración de justicia tendría que tener como norte que su finalidad es básicamente de protección. Para este efecto se realizaba una investigación sin ningún tipo de garantías.

Había una división en la forma de investigación por edades, menores de 13 años, y

El Salvador	7 años
Guatemala	5 años
Honduras	8 años
Nicaragua	6 años
Panamá	5 años

de 13 a 18 años. Una etapa de investigación a cargo del juez de menores indelegablemente si era mayor de 13 y con la posibilidad de ser delegada en el caso de que sea menor de 13 años. Luego de la instrucción, el juez (tratándose de menores de 13) resolvía previa deliberación en presencia de sus padres, médico de menores y delegado del consejo o patronato. En el caso de ser mayor de 13 años, la resolución estaba a cargo de la Sala Superior. Es decir, el tratamiento que se les dispensaba estaba adecuado a la edad.

Así, si un menor de 13 años de edad hubiere cometido un hecho reprimido como delito o falta, la autoridad competente, investigaba la situación material y moral de la familia; el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto. La investigación podía ser completada por un examen médico. En el caso de un adolescente de 13 a 18 años de edad, infractor de la ley penal, el Juez le imponía medidas educativas colocándolo en la Escuela de Artes y Oficios, granja, escuela o en una correccional por un tiempo indeterminado no menor de dos años. Podía el Juez, suspender incondicionalmente la medida.

Para los infractores reincidentes, la medida podía ser no menor de seis años de educación correccional, calificaba a los menores en estado de peligro. Para éstos debía haber establecimientos que los alejase de los otros menores cuya situación era la de abandonados, así como también habían casas para enfermos.

En el Libro IV, Título V, de los artículos 410 al 416 se estableció la jurisdicción de menores. Se estableció, en 1924, el Primer Juzgado de Menores (el 1er Juez fue el Dr. Andrés Echevarría Maúrtua) se encargó esa función en provincias a los Jueces Civiles, donde hubieran dos, sino el Juez Suplente nombrado por la Corte Superior. Se mencionó a Jueces Instructores en cada provincia y de Paz como instructores en los distritos.

Se señalaron requisitos especiales para ser Juez de Menores: casado, padre de familia y tener conducta irreprochable. Se estableció a los inspectores de menores, se legisló sobre la doble instancia.

El Código Penal trato de proteger al menor, pero el desinterés de todos hizo que el menor de edad quedase desprotegido.

3.5.2. EN EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962

El ser humano en la primera etapa de su vida, es incapaz de valerse por sí mismo; es un ser en estado de necesidad natural; requiere de asistencia, protección, socorro para su sobrevivencia, pues de no ser así perecerá.

Este estado de insuficiencia, y la consecuente obligación de atenderlo ha dado lugar a que el Derecho regule una serie de instituciones jurídicas dirigidos directa o indirectamente a amparar al infante; tales como la Patria Potestad, Alimentos, Tutela, Patrimonio Familiar. Sin embargo, las particularidades propias del ser humano en su fase evolutiva desde que nace hasta salir a la capacidad, ha requerido una regulación propia; por ello se creó una legislación especial que se ocupará del infante; tal fue el Código de Menores de 1962.

Esta legislación especializada se dio en un contexto y dentro de una doctrina en la que el menor era un objeto de protección pues su debilidad debería motivar a la sociedad una compasión que desembocaría en un deber social para cubrir sus necesidades; este objeto del Derecho, indefenso y sin capacidad, fue regulado principalmente, en favor de los menores, cuyos padres, por razones diversas no estaban con él, y por ello se encontraban en una situación irregular; y en esa medida la sociedad lo enfrentó como uno de sus problemas por resolver.

Desde 1962 a la fecha, resulta un período prudente para preguntarnos si los principios que guiaron esa legislación fueron positivos y obtuvieron los resultados deseados, o más bien, fracasaron y por ello, tales principios tuvieron que ceder su lugar a otros, mucho más próximos a la dignidad del ser humano, que, no por un factor cronológico, deje de serlo o lo sea con una minusvalía.

La doctrina que adopta el primer Código de Menores del Perú, son las que sustentan:

- La Declaración de los Derecho del Niño, formulada en Ginebra en 1924.
- Los principios proclamados al respecto por la Naciones Unidas; aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, un 20 de noviembre de 1959. Que, a decir de Fermín Chunga Lamonja el espíritu del documento se manifiesta en el preámbulo, el que en parte dice que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle” . Además considero que su espíritu también esta expresado en la segunda parte del principio 2 del preámbulo, al referirse que “al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”, en base al cual las disposiciones y medidas que se establezcan serán las más beneficiosas al menor.
- Los Derechos del Niño Americano, de la Organización de los Estados Americanos.
- El Código de Declaración de Oportunidades del Niño, formulada en Washington en el año 1942.
- Carta de los Derechos de la Familia Peruana, formulada en el año 1943.

El primer Código de Menores que tuvo el Perú, fue promulgado el 02 de Mayo de 1962, estuvo vigente desde el 01 de julio del mismo año hasta el 27 de junio de 1993. Ha sido catalogado como uno de los mejores códigos de menores, en América Latina, sin embargo no llego a implementarse debido a las muchas normas que se incluyeron y jamás pudieron ser aplicadas. Así como las doctrinas que lo sustentaban cuyo contenido podía ser hermoso, en la práctica, muchas veces, eran simples declaraciones líricas. A través de los 31 años de existencia que tuvo el Código de Menores, sufrió una serie de modificaciones, en su mayoría no sustanciales.

La jurisdicción de menores fue tratada en la Sección Segunda, constaba de cinco títulos, del V al X, comprendía los artículos del 51 al 129.

Estableció que la jurisdicción especial está constituida en primera instancia por los juzgados de menores y en segunda instancia por los tribunales de apelación; en Lima se

creó el único al que en 1968 lo convirtieron en tribunal correccional.

Dentro de la orientación tutelar propugna un modelo procesal verbal, sin formalismos donde las normas del derecho procesal eran secundarias, a cargo de un juez con amplias facultades para investigar la personalidad psíquica del menor, su medio familiar y social. Una investigación de esta naturaleza encubría arbitrariedad dentro de un manto de protección, donde de lo que se trataba era de buscar las causas de la conducta delictual (factores endógenos y exógenos). El Juez figura central de este sistema, por un lado, no veía un hecho típico, sobre el cual tenía que establecer una responsabilidad; sino un conflicto social y personal que resolver, enfrentaba no a un acto cuya autoría tenía que acreditar; sino, un autor que corregir.

El proceso penal tenía las siguientes características: una investigación oral en un plazo de tres meses prorrogable a seis meses, la actuación de pruebas y la presencia de abogados no eran obligatorias, salvo en segunda instancia, en caso de haberlos “debían ser defensores especializados en Derecho de Familia y Menores que cooperara con el Juez antes de entramparlo con argumentos de defensa”. La decisión podía reformarse, siempre y cuando el adolescente no fuera peligroso, decisión sobre la cual no podía apelar sino a través de sus padres o abogado.

3.5.4. El Código de los Niños y Adolescentes de 1992

Se promulgó el 24 de diciembre de 1992 por Decreto Ley 26102, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 1992. Y entró en vigencia el 28 de junio de 1993.

Por Decreto Supremo N° 004-99-JUS se aprobó el Texto Único del Código de los Niños y Adolescentes.

Los denominados “juzgados de menores” se convirtieron en “juzgados del niño y adolescente”, que constituyeron la primera instancia y se crearon las salas de familia para la segunda instancia. Al entrar en vigencia este código los juzgados se convirtieron en

juzgados de familia.

3.5.4. El Código de los Niños y Adolescentes del 2000

Por Ley 27337 publicada en El Peruano el 07 de agosto del 2000 se promulgó el actual Código de los Niños y Adolescentes. Este código también ha sufrido modificaciones y en la actualidad existe una comisión oficial multisectorial encargada de elaborar un nuevo código.

HERNADEZ ALARCON, expresa, en nuestro país, la promulgación del Código de los Niños, significó un cambio de paradigma en el tratamiento legal frente a los adolescentes, por la superación en el plano legal de la llamada doctrina de la situación irregular en nuestro país.

Se propugna un proceso judicial en el marco de una justicia especializada que tiene en cuenta el conflicto jurídico como un problema humano. (Art. IX Título preliminar), lo que se condice con el hecho de que el adolescente tenga derecho a expresar su opinión libremente en el proceso por ser un asunto que le afecta y además que tenga el derecho a que se tenga en cuenta sus opiniones (Art. 9 CNA). Reconociéndose el respeto de sus derechos individuales (Art. 185- 138 CNA) y de las garantías del proceso y Administración de Justicia consagradas en la Constitución, Convención de los Derechos del Niño y en las leyes de la materia (Art 192 CNA), recurriendo en caso de vacío a la aplicación supletoria de las normas sustantivas y adjetivas penales (Art. VII, Título Preliminar).

3.5.5. EL DECRETO LEGISLATIVO 990

Modifica la Ley 27337 - Código de los Niños y Adolescentes - referente al Pandillaje Pernicioso.

El Decreto Legislativo 990, modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, relativos a su capacidad y responsabilidad penal. Un acierto del DL 990 ha

sido sin duda, elevar el límite inferior de la edad de intervención del Sistema de Responsabilidad Penal de los 12 a los 14 años. El sólo hecho de llamar “infractor” ya tiene una connotación peyorativa, con la que no estamos de acuerdo, pues a nadie se le ocurre mencionar la palabra “delincuente” en algún texto legal propio de la justicia de adultos. Se determina las medidas que serán pasibles el infractor si es mayor de catorce años serán medidas socio educativas y si es menor de 14 años será pasible de medidas de protección

La ley define también el concepto de pandilla perniciosa “grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 que se reúnen y actúan en forma conjunta , para lesionar la integridad física o atentar contra la vida, patrimonio y la libertad sexual de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público .

Al señalar y la libertad sexual de las personas se establece que es una proposición copulativa, es decir, que confluye adicionalmente para configurar el tipo con los atentados a la vida y contra el patrimonio, cuando en realidad debió establecerse o la libertad sexual para que sea una disyunción, es decir un supuesto diferente que podría configurar el tipo.

En relación a la infracción agravada señalamos que no es el sentido de la norma tratar de reprimir al niño sino protegerlo por eso señalar restringidamente como la única medida socio educativa en el artículo 195 la de internamiento no está utilizando una fórmula legal coherente con el ordenamiento constitucional ni con los principios que inspiran el Código De Niños y Adolescentes.

En el artículo 196 no hay coherencia al establecer como máximo 5 años la medida de internación a los cabecillas pues al resto de integrantes de la banda se le aplica hasta 6 años, siendo una agravante para la doctrina penal el hecho de ser líder de ese tipo de comportamiento análogos no tiene sentido establecer una medida con un tope menor en la agravante y mayor en el tipo general.

Respecto del archivamiento se deben dar copulativamente dos requisitos que debe

cotejar el fiscal de familia:

- 1) La infracción no revista gravedad
- 2) Que el adolescente hubiera obtenido el perdón del agraviado por habersele resarcido el daño (obtener el perdón es una condición subjetiva exagerada y poco técnica, no siempre reponer las cosas implicará que el afectado tenga que "perdonar" al responsable, debería bastar la simple reparación del daño desde un punto de vista objetivo).

Al respecto señalar que no siempre es posible reponer el estado de las cosas antes de la lesión, pues en estos casos estaremos solo ante la posibilidad de pagar una indemnización proporcional a la infracción.

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PERÚ

4.1. Exordio.

El derecho de menores estuvo contenido en disposiciones administrativas, en el siglo XX, el Código Penal de 1924 contiene las primeras normas referentes al derecho de menores, a la par surgen la comisiones para la formulación de un Código de Menores, el que finalmente fue promulgado el 02 de mayo de 1962 y estuvo vigente hasta el 27 de junio de 1993. Este código adoptó la llamada doctrina de la situación irregular, la cual denominada al menor que cometía actos lesivos a la sociedad como menores “en estado peligroso”, para quienes se decía que no cometían ni delito ni falta, y el Juez de Menores aplicaba las medidas correctivas sin ninguna denominación y eufemísticamente calificadas de medidas protectoras, al igual que al menor en estado de abandono.

La historia de la justicia penal juvenil en el Perú surge como un proceso de aceptación y nacionalización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, la cual recoge el concepto de la doctrina de la protección integral del menor y el principio del interés superior del niño y del adolescente. El 14 de agosto de 1990 el Perú ratificó la Convención y se obligó a cumplirla.

La promulgación del Código de los Niños y Adolescentes (24 de diciembre de 1992 - D. L. 26102), significó un cambio de paradigma en el tratamiento legal frente a los adolescentes, por la superación en el plano legal de la llamada doctrina de la situación irregular. Y la adopción de la doctrina de la protección integral. Dos son los aspectos fundamentales en este cambio de perspectiva: los niños y adolescentes no son ya objeto de compasión y represión sino sujetos derechos en proceso de desarrollo; y en segundo lugar, en el ámbito penal se establece una normatividad exclusiva para el adolescente infractor diferenciándolo del menor en estado de abandono..

El Sistema de Justicia Penal Juvenil en el Perú es regulado desde el Código del Niño y el Adolescente, en cuyo contenido encontraremos principios normativos y mecanismos procesales en un proceso único para el juzgamiento de los adolescentes, que van a legitimar de manera directa los actos decisorios de los administradores de Justicia. Sin embargo, el mismo código señala un sistema de fuentes internacionales y nacionales para su interpretación, así como la aplicación supletoria de los Códigos Sustantivos y Procesales vigentes. Es bajo este sistema que se pretende entregar un conjunto de decisiones jurisdiccionales de diferentes instancias y regiones, con la finalidad de hacer conocer la visión de los actores de justicia en cuanto a las infracciones a la ley penal.

Para ello es importante entender que la Administración de Justicia Juvenil contiene una estructura básica que se fundamenta principalmente en principios garantistas procesales que nacen de la dogmática jurídica, la compatibilidad con el cuerpo Constitucional de la República del Perú y que su aplicación tiene como objetivo la protección de los derechos fundamentales⁶⁵ del Interés Superior del niño. Para ello, es necesario comprender que un pilar fundamental del sistema penal juvenil es la consolidación de la Doctrina de Protección Integral en cuanto a la custodia y tratamiento integral de los derechos del niño y los adolescentes.

Entender que el sistema deja de ser Punitivo-Preventivo para ser Garantista de Protección Integral; toda vez que bajo esta corriente doctrinaria han nacido principios que hoy los juzgadores aplican sobre la vida de los adolescentes.

El Instrumento de Investigación Sociológica tiene por finalidad comprobar si los adolescentes privados de libertad por infracciones a la ley penal, pertenecen a los sectores más vulnerables de la sociedad.

⁶⁵ TEJEIRO, Enrique Carlos: Del Control Social de la Infancia, Revista de Derecho; Universidad del Norte, Colombia, 2004.

4.2. La Doctrina de la Protección Integral

Dicha doctrina surge como motivo de la Convención de la Derechos del Niño dada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Este documento reconoce la Doctrina de Protección Integral del niño y dentro de la misma establece principios rectores como los de la “No discriminación, el del Interés Superior del Niño, la supervivencia y el desarrollo y la participación”⁶⁶, así como insta el reconocimiento de principios sustanciales y procesales básicos al llamado el infractor de la ley penal.

Esta doctrina establece el reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto de derechos, puesto que los niños tienen los derechos propios de los seres humanos, pero además son beneficiarios de una protección especial en su calidad de grupo vulnerable⁶⁷, donde debe tenerse en cuenta dos elementos importantes.

El primero es la inmadurez inherente a la infancia y el segundo, la dependencia hacia otros. Por eso, la definición de niño tiende a entenderse no solo como lo dice la Convención a todo ser humano menor de dieciocho años, sino también al hecho de que la niñez es una construcción social⁶⁸. Es bajo esa adquisición de la condición de niño que se establece un sinnúmero de garantías procesales en la administración de justicia a niños y adolescentes privados de su libertad; pero, también se establecen principios jurídicos básicos como son: el principio de humanidad, el principio de legalidad, el principio del derecho a la defensa, el principio de impugnación, juez natural y doble instancia; estos conllevan a estructurar debidamente un procedimiento que incluye a actores como Familia, sociedad y Estado.

La protección de los derechos del niño es una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, ha sido plasmada en diferentes instrumentos internacionales, los cuales reconocen que todos los niños, en su calidad de

⁶⁶ FREITES, BARROS, Luisa Mercedes: La Convención Internacional de Derechos del Niño, Revista Educere, Artículos Arbitrados, Venezuela, Setiembre de 2008.

⁶⁷ AGUILAR, CAVALLO Gonzalo: El Principio del Interés Superior del Niño y La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca –Chile, 2008.

⁶⁸ TRINIDAD, Núñez, Pilar: ¿Qué es un niño? Una visión del Derecho Internacional Público, Revista Española de Educación Comparada- España 2003.

seres humanos, tienen todos los derechos, libertades y garantías que se encuentran consagrados en los mismos, sin discriminación de ninguna clase. Así mismo, establecen la obligación de brindar una protección específica a favor de la infancia al señalar que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Que el concepto de protección comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos. De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección “el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia”.

Que la concepción del niño y del adolescente como persona sujeto de derechos es un postulado que fue enunciado por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño de 1959, siendo posteriormente consolidado en la Convención sobre los Derechos del Niño]. Este tratado ha llevado a un proceso de cambio estructural en el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, cuyas disposiciones han sido implementadas de forma progresiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluyendo el Perú.

El principal aporte de la Convención es que supera las concepciones paterno-autoritarias existentes hasta ese entonces, lo que ha supuesto un cambio de paradigma que implica el fin de la doctrina de la situación irregular y la adopción de la doctrina de protección integral.

Que la doctrina de la situación irregular tenía como principales ejes:

- a) Un conservadurismo jurídico-corporativo: Esta práctica partía de la premisa de que las leyes en materia de infancia eran insuficientes o tenían lagunas, lo que determinaba que la autoridad competente actuase, no sobre la base de la ley o los principios generales del derecho, sino como un buen padre de familia.
- b) Un decisionismo administrativista: Bajo la situación irregular, el funcionario público gozaba de un amplio margen de discrecionalidad, tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo, que en la práctica se reflejaba en un ejercicio arbitrario del poder.
- c) El basismo de la atención directa: Esto consistía en una práctica que traspasaba la esfera pública en la cual se consideraba que los programas de asistencia y políticas públicas en materia de infancia no requerían leyes sino mecanismos asistencialistas, considerando al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos y garantías.
- d) Que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en el interés superior del niño (artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño), cuyo fin y forma de interpretación es “(...) la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño".
- e) Que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la protección integral del niño, mediante una lectura prospectiva del artículo 4 de la Constitución. Así ha referido que “la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4º, a través del artículo IX del

Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Que, de esta forma, los elementos principales de una doctrina de protección integral viene a ser, entonces:

- a) La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección. Estos derechos incluyen todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú.
- b) La obligación de la sociedad y del Estado en la adopción e implementación de políticas públicas, de carácter prioritario, en materia de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, trabajo, producción y consumo hacia el niño y adolescente. De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes especiales sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros.
- c) Un sistema de protección basado en la Constitución y la ley, y a través del cual no es el niño o el adolescente los que se encuentran en una situación irregular, sino que son las instituciones, públicas o privadas, las que se encuentran en tal condición por no poder satisfacer las necesidades de aquellos.
- d) El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de dieciocho años (de acuerdo con el Art. 1 de la Convención) que entren en colisión con la ley penal.
- e) Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo “el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia”.
- f) En casos excepcionales, se permite una privación de la libertad pero bajo un régimen especial de acuerdo con la Constitución, la Convención de los Derechos del

Niño y demás instrumentos internacionales.

4.3. El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

Que un mecanismo de responsabilidad penal juvenil se basa en que el adolescente no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones hacia la sociedad. Sin embargo, este sistema debe obedecer a determinados parámetros respetuosos del interés superior del niño y de los principios rectores de derechos humanos. Estos incluyen, entre otros:

- a) *El principio de igualdad y no discriminación*: Este principio determina que todos los niños que entren en colisión con la ley penal deben ser tratados de forma igualitaria e independiente de su condición racial, sexual, cultural o social. En esta misma línea, el sistema de administración de justicia debe desarrollar acciones para proteger a determinados grupos vulnerables, tales como los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia.
- b) *El respeto a la opinión del niño*: El niño tiene derecho a participar y a emitir su opinión en todos los asuntos que le correspondan o tengan algún efecto sobre su vida. En instancias judiciales, las autoridades deben asegurar que la participación del niño no genere represalias y sea lo menos traumática posible.
- c) *El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*: Este principio implica que el Estado debe formular políticas de prevención de delincuencia juvenil así como proveer medios para asegurar el pleno desarrollo del niño en la sociedad. En el plano de administración de justicia, se prohíbe, de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, la prisión perpetua o la pena de muerte. Asimismo, la privación de la libertad debe ser por el menor tiempo posible.

- d) *La dignidad del niño*: El principio-derecho dignidad del niño, en materia de justicia juvenil, está compuesta por los siguientes elementos: (i) un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) el respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.
- e) *El respeto al debido proceso*: En este caso se reitera que tanto los procesos judiciales como administrativos deben estar sujetos a los derechos y garantías del debido proceso consagrados en los tratados, prestando especial atención, entre otros, a: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso.

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural – competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”.

Que este Tribunal no ignora la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Sin embargo, se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará

esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logre socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y con su comunidad.

La aplicación de la justicia juvenil debe verse como el último elemento de una política integral en materia de infancia y adolescencia. La ratificación de tratados internacionales y la adopción de leyes especiales, como el Código de los Niños y Adolescentes, es un importante paso que el Tribunal no puede desconocer, pero esto es aún insuficiente. Si el Estado, con el apoyo de la sociedad civil y del sector privado a través de programas de Responsabilidad Social Empresarial, no ejecuta planes y destina recursos en materia de salud, educación, alimentación, vivienda e infraestructura, los índices de criminalidad juvenil y la inequidad en nuestro país tenderán a aumentar.

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad de que el sistema de justicia penal juvenil esté compuesto por “órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.

Que una ley de responsabilidad penal juvenil es jurídicamente compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando dicho sistema tenga una naturaleza garantista. Esta se basa en el respeto del imperio de la ley, cuya aplicación y eficacia ha de recaer en instituciones especialmente diseñadas para este fin.

Que según un estudio de la ONU elaborado por el experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, ocho millones de niños viven en centros de acogida

y, hacia 1999, aproximadamente un millón de ellos se encontraban privados de libertad. La mayoría están acusados de delitos menores o leves y es la primera vez que los cometen. Muchos de ellos son detenidos por absentismo escolar, vagabundeo o por ser personas sin techo. En algunos países, la mayoría de los niños detenidos no han sido condenados por cometer un delito, sino que se encuentran a la espera de juicio.

En el caso de los niños que se encuentran privados de la libertad, el mayor problema que se registra es la desatención hacia sus necesidades, por las deficientes condiciones de los centros de reclusión que ponen en peligro la salud y la vida de los niños. Esto incluye la ausencia de programas educativos, de tiempo libre y de reinserción.

Adicionalmente, otro problema característico de estos centros es la exposición a la violencia de otros niños, especialmente cuando las condiciones y la supervisión del personal son deficientes y los niños mayores y más agresivos no están separados de los niños más pequeños o más vulnerables.

El experto de la ONU reafirma en sus recomendaciones hacia los Estados que en torno al sistema de administración de justicia:

- a) Se prioricen programas para reducir los índices de institucionalización de niños fomentando que se preserve la unidad familiar, promoviendo alternativas basadas en la comunidad y garantizando que la atención institucionalizada se utilice sólo como último recurso.
- b) Se reduzcan las cifras de niños que entran en el sistema de justicia dejando de tipificar como delitos los denominados “delitos en razón de la condición” de niño. Dichas detenciones deberían limitarse a aquellos delincuentes infantiles considerados un peligro real para los demás, y deberían invertirse recursos para su reintegración en la comunidad.

- c) Se evalúe periódicamente los ingresos de niños en instituciones, examinando los motivos por los que estos fueron internados en centros penitenciarios o de acogida, a fin de devolverlos a sus familias o ponerlos en manos de cuidadores en la comunidad.
- d) Se establezcan mecanismos eficaces e independientes de denuncia, investigación y aplicación de la ley en los sistemas de justicia y de atención al niño para tratar casos de violencia.
- e) Se asegure que los niños ingresados en instituciones conozcan sus derechos y puedan acceder a los mecanismos establecidos para protegerlos.

Que el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño determina el marco general de un sistema de responsabilidad penal juvenil al establecer que la privación de la libertad del niño es posible como una medida de último recurso, pero en establecimientos especiales separados del régimen para los adultos y por el menor tiempo posible, tomando en cuenta sus necesidades especiales.

Esta norma establece que los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Que de forma complementaria a la Convención, otros instrumentos internacionales han sido adoptados sobre la materia y deberán ser objeto de aplicación por parte de las autoridades nacionales:

- a. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo objetivo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad;
- b. Las reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing);
- c. Las Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD); y
- d. Las Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Que algunos de los principios que se encuentran en estos instrumentos y que resultan aplicables a los centros de internamiento son:

- a) El medio físico y los locales para menores deben permitir la rehabilitación de los niños, tomando en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.
- b) Estos centros deben otorgar a los niños programas de educación y de formación de acuerdo con sus necesidades. Asimismo, deberá propiciar atención médica permanente y un programa nutricional de acuerdo con el proceso de desarrollo del niño.
- c) Los programas de reinserción deben contar con la participación de la familia y su comunidad.
- d) El uso de la fuerza sobre el niño solamente puede ser en casos excepcionales y de extrema gravedad. Así, “el uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo”.
- e) Los niños deben tener la posibilidad de presentar peticiones o quejas ante cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional y a ser informados sobre el resultado de ellos.
- f) Los centros deben contar con inspectores calificados e independientes para realizar, de forma espontánea y sin previo aviso, visitas de inspección. Las entrevistas que los inspectores realicen deberán mantenerse en reserva.

Que en nuestro país, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) implementan sus derechos y libertades, regula el Sistema Nacional de Adopción y las funciones de las instituciones familiares y establece el sistema de justicia especializada. En el ámbito penal, el Código establece un procedimiento especial en su Capítulo III,

determinando que en el caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas (artículo IV).

Que el Código reconoce principios especiales para asegurar el respeto a los derechos del adolescente, incluyendo la excepcionalidad de las medidas de privación de libertad e internamiento, la adopción de medidas socio-educativas; y el respeto a los derechos de defensa, garantías procesales, así como la confidencialidad y reserva del proceso.

4.4. Principios Garantistas en el Procesamiento al Adolescente Infractor

La administración de justicia penal juvenil debe ser entendida como una justicia garantista de protección integral. Es decir, la conducta infractora del adolescente debe verse como un acto no delictuoso puesto que no establece una persecución del Estado en contra un delincuente, sino que el Estado debe establecer la responsabilidad del adolescente por la infracción y el tratamiento educativo para la corrección de la infracción. Ciertamente la discusión de imputabilidad e inimputabilidad en los adolescentes es necesaria para poder aplicar con claridad la administración de justicia; pero también es cierto que dichos actos antisociales deben ser corregidos por la justicia, en razón que el adolescente debe hacerse responsable⁶⁹ de sus actos. En esa búsqueda de tratamiento para la infracción es que nace el sistema de responsabilidad juvenil, que debe dirigirse a la reintegración del niño y adolescente a la sociedad.

Es importante mencionar que el Código de los Niños y Adolescentes define claramente al actor infractor y denomina el acto como responsabilidad determinada de un hecho punible. Es en ese sistema de responsabilidad penal juvenil que se establece un mecanismo garantista en el juzgamiento y en el tratamiento.

También conviene expresar que el derecho de la infancia descansa en tres cuerpos

⁶⁹ CHUNGA, Lamónja, Fermín: Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y su protección en los derechos humanos .Editorial Grijley- Lima, Perú 2012.

normativos básicos para una mejor protección de derechos al infractor de la Ley Penal como lo son: a) La Convención de Derechos del Niño, b) las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores c) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes privados de Libertad y d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención, que reconocen la necesidad de que toda medida relativa a los niños considere el interés superior de los mismos.

Es por ello que consideramos necesario indicar los diversos principios garantistas que se mencionan en la Convención de derechos del Niño y el propio Código del Niño y el Adolescente, en relación a la Administración de justicia para el Adolescente Infractor. En esta dinámica podemos identificar los siguientes:

- a) Principios de Humanidad (basado en la responsabilidad del Estado y la asistencia en el proceso de resocialización o rehabilitación).
- b) Principio de Legalidad (Prohibición de la existencia de un delito y pena sin preexistencia de ley).
- c) Principio de Protección de Reserva de identidad (Conveniencia a proteger la identidad para evitar la estigmatización).
- d) d. Principio del debido procedimiento (Presupone el tipo de procedimiento que debe estar fijado por la ley y no sujeto a la libre discrecionalidad del órgano jurisdiccional).

Estos principios refuerzan la visión preventivo-garantista que hace que al menor de edad se le reconozcan garantías sustantivas y procesales en concordancia con la Constitución. De otra parte, bajo los principios contenidos en el cuerpo legislativo, se establece también en el derecho interno la aplicación supletoria de diversas fuentes, con la finalidad de proteger las garantías de la administración de justicia. Para ello que consideramos necesario apuntar que, bajo la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, se establece un sinnúmero de herramientas recomendables para la búsqueda de una mejor medida socio-educativa a imponerse, con lo cual se integra una visión garantista en la administración de justicia penal juvenil, en cuanto a todo lo que le pudiera favorecer en el

proceso único del adolescente infractor regulado en el CNA. Es necesario indicar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece un interesante punto de vista en cuanto a los tradicionales objetivos de la justicia penal (la represión o castigo), para que estos mismos sean sustituidos por una justicia especial para este sector importante de personas, la cual debe estar enfocada a la restauración del daño, a la rehabilitación y a la reinserción social del niño⁷⁰.

4.5. Las Medidas Socioeducativas en el sistema de Responsabilidad de la Justicia Penal Juvenil

Las medidas en el sistema de justicia penal juvenil se determinan una vez que se establece la responsabilidad del infractor y en función a su edad cronológica. Tratándose de adolescentes, se instituye que estos serán pasibles de medidas socioeducativas a partir de los 14 años de edad. Dichas medidas parten efectivamente del principio educativo y resocializador que en términos generales busca la instrucción del adolescente para la vida en sociedad. Sin embargo, debe entenderse a la medida socioeducativa como un argumento para direccionar la conducta del infractor, es decir como una prevención especial y no ser visto como una imposición coactiva para direccionar la conducta ante la exigencia de un comportamiento legal (control social).

Más allá del ánimo de reintegración a la sociedad, que es importante, debe comprenderse que la reintegración esperada no se cumplirá si se carece de una orientación al infractor para la mejor comprensión de sus derechos y deberes.

En la administración de Justicia juvenil, se establece un conjunto de medidas socioeducativas destinadas a la rehabilitación del adolescente infractor. Estas tienen una dinámica interesante pues el juzgador tiene una gama de medidas para imponer de acuerdo a cada caso en particular, al momento de cometida y probada la infracción, tales como:

- a) AMONESTACIÓN.- Consiste en la recriminación al adolescente, a sus padres o

⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10 – Los derechos del niño en la justicia de menores - 2007.

responsables. Debe entenderse que es también un llamado de reflexión directa a los padres para la búsqueda de un mejoramiento en las conductas de sus hijos y para los adolescentes es un señalamiento directo de su conducta y las consecuencias de sus actos.

“...radica en la recriminación al adolescente, a sus padres o responsables...”

CNA Art 231. Entendiéndose que para la aplicación de dicha medida se debe tener en cuenta principios normativos como el Principio de Protección al menor, el Principio del Proceso como problema humano y la finalidad rehabilitadora de las medidas socioeducativas.

- b) **PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD.**- Consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente (sin perjudicar su salud, escolaridad, ni trabajo) por un periodo máximo de seis meses.

“Se establece que la prestación de servicios a la comunidad “consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad, ni trabajo, por un periodo máximo de seis meses...”

Art. 232 C.N.A. Entendiéndose que en la aplicación de esta medida se debe tener en cuenta los principios normativos tales como el principio de Protección al menor, el Principio del Proceso como problema humano y la finalidad rehabilitadora de las medidas socioeducativas.

- c) **LIBERTAD ASISTIDA.**- Consiste en la designación por la Gerencia de Operaciones de centros Juveniles del Poder Judicial de un tutor para la orientación, supervisión y promoción del adolescente y su familia, por un periodo de ocho meses.

“...consiste en la designación por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial de un tutor para la orientación, supervisión y

promoción del adolescente y su familia, debiendo presentar informes periódicos. Esta medida se aplica en un máximo de ocho meses... ”,

Art. 233 CNA. Entendiéndose que la aplicación de esta medida debe tener en cuenta los Derechos Civiles del Niño y Adolescente a un Ambiente sano y a la familia así como el cumplimiento del principio normativo del Interés superior del Niño.

- d) **LIBERTAD RESTRINGIDA.-** Consiste en la asistencia y la participación diaria y obligatoria del adolescente en el servicio de Orientación, a fin de sujetarse al programa dirigido a su educación y reinserción. Se aplica un máximo de doce meses.

Se señala que la Libertad Asistida es “... la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente... tendiente a su orientación, educación y reinserción, se aplica un máximo de doce meses... ”. Art.234 CNA. Entendiéndose que para la aplicación de dicha medida debe tomar en cuenta los principios normativos como el Principio de Protección al menor y el Principio del interés superior del niño.

- e) **INTERNACIÓN.-** Es una medida privativa de libertad que no excederá de 06 años.

PRINCIPIO GENERAL.-

Se señala que: “Es una medida privativa de Libertad que no excederá de seis años” Art.235 CNA.

Entendiéndose que la aplicación de dicha medida es para el tratamiento respectivo, la misma se dará cumpliendo requisitos por la gravedad del acto, por la reiteración de las infracciones graves o por incumplimiento de la medida.

La Convención sobre los Derechos del Niño determina “que la privación de la libertad del niño es posible como una medida de último recurso” Art. 37 de la C.D.N.

La Remisión es un procedimiento especial dentro del CNA con un punto de vista preventivo especial dentro de la corriente de justicia penal restaurativa. Tiende a darse dentro del sistema de justicia penal juvenil y está definida como la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos del proceso. Dicha medida no anula el reconocimiento de la infracción y la aplicación de una medida socioeducativa.

Por todo ello, el principio educativo resocializador conlleva a la obligación de orientar al adolescente infractor, pero también insta a los actores de justicia y a la sociedad civil a comprender las circunstancias sociales básicas del adolescente.

Esto debe enmarcarse dentro de tratamiento integral para que se note que cuando existe una colisión entre la ley y el adolescente es porque existe una falla primaria cuya responsabilidad es de la familia, de la sociedad y del Estado. La Corte Interamericana ha indicado “(...) que cuando el aparato del Estado tiene que intervenir frente a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad, debe de realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad.”⁷¹

4.6. Jurisdicción y Competencia en el proceso único de los adolescentes infractores

El Código de Niños y Adolescentes establece claramente que la potestad jurisdiccional del Estado la ejercen los jueces de familia competentes en materia de Infracciones contra la ley penal y serán, en Primera instancia, los Juzgados de Familia especializados o los Juzgados Mixtos y los juzgados de paz letrados en los casos que sean determinados por ley. En Segunda instancia, se tiene a las Salas de Familia o las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia para revisar los procesos resueltos en primera instancia, en las contiendas de competencia, en quejas de derechos por negación de

⁷¹ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” - Villagrán Morales Vs Guatemala. Fondo Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, parra.185.

recursos de apelación; terminando con las instancias pertinentes. Se cumple así con el principio constitucional de la doble instancia.

Sin embargo, es necesario señalar que en los procesos únicos a favor de los adolescentes infractores, se puede recurrir vía Casación a la Corte Suprema de Justicia, quien con las potestades inherentes a su instancia, examinará la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo.

El Código de Niño y el Adolescente establece como medida impugnatoria a un menor privado de su libertad la presentación del recurso de habeas corpus, en la cual opera la Instancia Constitucional.

La presentación de este recurso no solo opera para proteger la libertad individual así como los derechos conexos a ella, sino también que funcionará especialmente cuando se trata del proceso y la tutela procesal en los casos únicos de los adolescentes infractores.

4.7. El sujeto activo en el sistema de justicia penal juvenil peruano

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 30

CÓDIGO CIVIL

- Artículo 42
- Artículo 43, inciso 1
- Artículo 44, inciso 1

CÓDIGO PENAL

- Artículo 20, inciso 2

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Título Preliminar, Artículo I
- Artículo 183, Artículo 184, Artículo 193, Artículo 194, Artículo 242

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 2, inciso c, 1

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 1, inciso 2
- Artículo 4, inciso 5

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 1
- Artículo 40, inciso 3, a y b

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 2.2. Inciso a
- Regla 4.1

En nuestro país, siguiendo el criterio más uniforme de la legislación comparada, se ha optado por establecer un solo parámetro etéreo para adquirir tanto la capacidad civil, política y penal.

Así, de acuerdo al artículo 42° del Código Civil, la capacidad plena para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere a los 18 años. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 30° de la Constitución Política del Estado, la ciudadanía se adquiere a la edad antes mencionada. En materia penal, el inciso 2° del artículo 20° del Código Penal establece que sólo es sujeto de responsabilidad el mayor de 18 años. Esta última disposición, guarda concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 1° dispone que el límite entre la minoría y la mayoría de edad son los 18 años. En consecuencia, desde el punto de vista normativo, será inimputable la persona que no supere dicho parámetro cronológico en la fecha de la comisión del ilícito penal.

Además, el Código Penal en su artículo 22° reconoce como imputables restringidos a las personas que se encuentren entre los 18 a 21 años, en cuyo caso el juez podrá reducir prudencialmente la pena.

Ahora bien, en el caso específico de los menores de edad, el Código de los Niños y Adolescentes en concordancia con la Convención, ha optado por establecer dos grupos

etéreos en su artículo I del Título Preliminar:

- a. Los niños; que comprende desde su concepción hasta los 12 años, siendo absolutamente irresponsables por la infracción de una norma penal y quienes serán pasibles de medidas de protección establecidas en los artículos 184° y 242° del Código de los Niños y Adolescentes.
- b. Los adolescentes; que comprende a las personas entre los 12 hasta antes de cumplir los 18 años de edad, quienes están sujetos a una responsabilidad penal juvenil y son pasibles de medidas socioeducativas señaladas en el Código luego de un proceso judicial. En consecuencia, el sujeto activo del sistema penal juvenil en nuestro país, será el adolescente infractor de la ley penal, comprendido en este grupo etéreo.

Es importante resaltar, que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, contiene una presunción iuris tantum, cuando no se tiene certeza sobre la minoría o mayoría de edad de la persona que infringe la ley penal. En mérito a tal presunción, si existiera duda sobre la mayoría de edad de la persona infractora, se le considerará niño o adolescente, en tanto no se demuestre lo contrario-⁷².

Para efectos penales, es importante determinar el momento de la perpetración del hecho, pues una persona mayor de 18 años podría continuar siendo sujeto del derecho penal juvenil en determinados casos. En efecto, no será relevante la edad que tiene la persona al momento de iniciarse el proceso o de emitirse la sentencia, sino exclusivamente la edad que tenía al momento que infringió la norma.

De otro lado, los artículos 183° y 229° y siguientes del Código, establecen que son pasibles de medidas socioeducativas sólo los adolescentes infractores. Ello reitera la idea de la existencia de un sistema de responsabilidad especial para estos supuestos.

⁷² No obstante esta presunción, de manera irregular en muchos juzgados penales se sigue abriendo instrucción a personas cuya edad no está definida por ausencia de un documento de identidad oficial, aplicándose el artículo 18° del Código de Procedimientos Penales, que establece que sólo se cortará la secuela del proceso una vez que se acredite la minoría de edad, hecho que en la práctica ha ocasionado que se recluyan en centros de detención para adultos a menores de edad. Evidentemente, el juzgador debería optar por la norma especial atendiendo al deber de protección del adolescente, establecido en el artículo 4° de la Constitución Política del Estado.

Como ya anotamos anteriormente, las bases de este sistema garantistapunitivo, fueron seriamente afectadas por el Decreto Legislativo N° 895, al sustraer del ámbito del Derecho Penal Juvenil a los adolescentes entre los 16 y 18 años de edad vinculados al delito de Terrorismo Especial.⁷³

Por las razones antes expuestas, asumimos que ésta norma ya no es aplicable a partir de la vigencia del nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Una excepción del Sistema Penal Juvenil respecto al aplicable a los adultos, lo constituye el Decreto Legislativo N° 899, Ley contra el Pandillaje Pernicioso, que fue recogido en el artículo 194° del Código de los Niños y Adolescentes.

En esta hipótesis se ignora la influencia que genera el consumo de drogas o bebidas alcohólicas en la capacidad de valorar los actos que se realizan. Estos supuestos de atenuación son reconocidos para el caso de los adultos en el inciso 1° del artículo 20° del Código Penal, en concordancia con el artículo 21°.

Como se podrá observar, la norma que se aplica al adolescente infractor valora de idéntica manera a quienes infringen la norma penal bajo la influencia del alcohol o drogas y a quienes no se encuentren bajo sus efectos.

Ello contraviene el espíritu de la Convención y atenta contra el derecho a la igualdad, en tanto no existe fundamento para que la alteración de la conciencia sea una atenuante en el adulto y no en el adolescente que incurre en los supuestos del pandillaje pernicioso.

⁷³ Como se ha señalado, anteriormente el Decreto Ley N° 25564 del 20 de junio de 1992 modificó el inciso 2° del artículo 20° del Código Penal y redujo la edad de imputabilidad penal de los 18 años a los 15 para los casos de delito de terrorismo y traición a la patria. Posteriormente esta norma fue derogada por la Ley N° 26447 de fecha 21 de abril de 1995, regresando la imputabilidad a los 18 años.

4.8. Las Garantías Sustantivas, Procesales y de Ejecución en el Sistema de Justicia Penal Juvenil

4.8.1. Garantías Sustantivas

1.1 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

LEGISLACIÓN NACIONAL

CÓDIGO PENAL

- Título Preliminar, Artículo VII

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Título Preliminar, Artículo VII
- Artículo 215, Artículo 236

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 9

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 40, inciso 2, literal b, i.

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 2.2, inciso c

Según Mir Puig⁷⁴, el término culpabilidad, tiene tanto connotaciones morales como jurídicas. En el derecho penal puede ser entendido de manera amplia oponiéndose a la noción de inocencia, y de manera más estricta como uno de los niveles de la teoría general del delito. Desde el Principio de Culpabilidad, se pueden establecer diversos límites al poder punitivo del Estado que se expresan en:

- a. Principio de personalidad de las penas.- Que prohíbe sancionar a una persona por los hechos cometidos por otra.
- b. Principio de responsabilidad por el hecho.- Que postula un derecho penal de acto,

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996. Pág. 95 y ss.

debiendo sancionarse al autor de un hecho por la conducta que realiza y no por sus características personales. En tal sentido, la culpabilidad rechaza el llamado Derecho Penal de Autor⁷⁵.

La tendencia de la legislación penal de nuestro país, ha sido asumir el Principio de Culpabilidad a partir del Código Penal de 1991, que eliminó figuras basadas en el derecho penal de autor como la reincidencia que estuvo presente en el Código Penal de 1924. Así, el artículo VII del Título Preliminar establece que para la imposición de la pena se requiere de la responsabilidad penal del autor, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. Ello guarda concordancia con instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9º).

El Código de los Niños y Adolescentes, no contiene una disposición expresa sobre el Principio de Culpabilidad, careciendo de una disposición similar o análoga al principio contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, salvo el inciso c) del artículo 215º, que se refiere al grado de responsabilidad del adolescente como uno de los elementos que el juez deberá tener en cuenta al momento de expedir sentencia, pero que no está relacionado específicamente con la medición de la medida socioeducativa. En todo caso, el principio rige por aplicación supletoria del Código Penal, tal como lo indica el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

Sin embargo, podemos afirmar que en la legislación para adolescentes, existen algunos elementos del derecho penal de autor que nos causa preocupación. Así, para imponer una medida socioeducativa, se aplica frecuentemente este criterio al tomar en cuenta elementos indicativos del adolescente o características

⁷⁵ Zaffaroni señala que no existe un criterio unitario sobre lo que se entiende con dicho término, pero es claro que en su manifestación extrema, es una corrupción del derecho penal, en tanto no prohíbe el acto en sí mismo, sino por ser una manifestación de una "forma de ser" del autor, un síntoma de la personalidad, que sería lo realmente delictivo, prohibido y reprochable. Por ello, «Dentro de esta concepción no se condena tanto el hurto como el "ser ladrón", no se condena tanto el homicidio como el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual, etc.». Ver ZAFARONNI, Raúl Eugenio: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas. Lima, 1990. Pág. 72.

relacionadas con su personalidad. Por ejemplo, los incisos b) y c) del artículo 236° del Código de los Niños y Adolescentes disponen que para imponer la medida de internación, se debe considerar la reiteración en la comisión de otras infracciones graves o el incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socioeducativa impuesta anteriormente.

Es evidente entonces, que el Código autoriza al juez valorar la personalidad del adolescente (condición económica, familiar, etc.), retrotrayendo una de las características más criticadas de la Doctrina de la Situación Irregular (tratar similarmente a los adolescentes infractores y a los que tienen dificultades personales), pese a que uno de los lineamientos de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, es precisamente eliminar tales consideraciones, tanto a nivel normativo como de la práctica judicial.

Esta disposición, resulta grave por cuanto está referida a criterios para determinar la medida socioeducativa más extrema como es la internación, único supuesto de privación de la libertad.

- c. Principio de dolo o culpa.- Requiere que la persona haya deseado realizar la conducta (dolo) o al menos haya existido una inadecuada selección de los medios para realizar una determinada acción (imprudencia, negligencia o impericia). Desde éste principio se prohíbe la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por el resultado.
- d. Principio de imputación personal.- Es necesario que el hecho pueda ser atribuido a su autor, por ello se prohíbe la responsabilidad penal de quienes no tengan condiciones psíquicas que le permitan motivarse por la norma penal.

4.8.2. Principio de Legalidad

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 2, inciso 24, literal d.

CÓDIGO PENAL

- Artículo II del Título Preliminar

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 183, Artículo 189, Artículo 191, Artículo 193, Artículo 194, Artículo 217, Artículo 222, Artículo 229, Artículo 235, Artículo 236.

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 1, Artículo 2, inciso a, numeral 6

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 7, inciso 2, Artículo 9

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 37, b, Artículo 40, inciso 2, literal a

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 2.2, inciso b; • Regla 17.1, incisos b y c; Regla 18.1; Regla 19.1

Este principio exige que los delitos, las penas y las medidas de seguridad pasibles de ser aplicadas a los adultos, así como las medidas para los adolescentes infractores, deben estar establecidas previamente mediante una ley formal y regular. Prohíbe el uso de la analogía y la costumbre como fuente de derecho para el caso del derecho penal. Su objetivo es la seguridad jurídica y limitar posibles arbitrariedades del poder penal estatal. A partir de este principio surge una serie de garantías⁷⁶:

⁷⁶ Ver esquema seguido por RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho Penal Español. Parte General. Edición Décimo Séptima. Dykinson, Madrid, 1994. Pág. 173. Así como,

a. Tipo penal - Tipicidad.- El respeto del Principio de Legalidad exige una clara tipicidad, esto es, la precisa descripción de la conducta prohibida. La determinación del tipo penal cumple dos finalidades: a) proteger bienes jurídicos; y, b) garantizar los derechos de los ciudadanos, impidiendo así arbitrariedades que puedan surgir durante la actuación policial o judicial. Además, en doctrina se le asigna las siguientes funciones:

- De garantía; sólo una conducta típica que establece claramente el ámbito de prohibición es compatible con el derecho a la libertad personal. El conocimiento claro del límite entre lo permitido y lo prohibido es tanto una afirmación de la libertad del individuo como un límite al poder penal del Estado.

De motivación; el tipo legal sólo puede cumplir su función de protección de los bienes jurídicos mediante la motivación para la no comisión de delitos o infracciones, en tanto los hechos prohibidos están debidamente determinados. “De otro modo, el ciudadano ignorará la finalidad de la norma y desconocerá, asimismo, qué es aquello que realmente se está protegiendo”⁷⁷

De otro lado, el Principio de Legalidad se afecta cuando el legislador recurre

MIR PUIG, Santiago: Op. cit. Pág 76 y 77.

- a. Garantía criminal, no hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*), lo que supone que:
- i. No existe delito sin que la ley señale (tipifique) la conducta prohibida
 - ii. No existen delitos naturales (*delicta iuris naturalis*). Por inmoral, perversa o aberrante que puede ser una conducta, ésta no es delito si no se encuentra tipificada.
 - iii. Los miembros de las agencias de control penal (policías, magistrados, etc.) no tienen facultades para considerar como delitos conductas distintas a los que determina la ley.
- b. Garantía penal, no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*), de la que se deriva que:
- i. La ley debe determinar con claridad la clase de pena que debe imponerse por cada delito.
 - ii. Las penas no deben ser indeterminadas en su duración
 - iii. Los tribunales no pueden imponer penas distintas a las determinadas por la ley
 - iv. Las circunstancias de la ejecución de la pena no pueden ser variadas
- c. Garantía judicial, no hay pena sin juicio legal (*nulla poena sine legali iudicio*).
- d. Garantía en la ejecución; la pena no puede ejecutarse de manera diversa a la que la señalada por la ley y reglamentos.

⁷⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da. Edición. Aries Derecho. Barcelona, 1991. Pág. 2.

frecuentemente al uso de tipos penales abiertos, los cuales se limitan a describir la conducta prohibida de manera general, haciendo abuso del empleo de elementos normativos de carácter socio-cultural de contenido difuso. Ello permite que los operadores de las instituciones del sistema de control penal tengan una amplia discrecionalidad para determinar la existencia de una conducta delictiva.

b. Legalidad de las sanciones.- El Principio de Legalidad no sólo comprende el principio de tipicidad, es decir la descripción de las conductas prohibidas, sino también el de legalidad de las sanciones, que exige que las penas deben estar establecidas previamente por ley, debiendo cumplir con tres aspectos básicos:

- La naturaleza de la pena.- Es decir, la determinación si se trata de una multa, privación de libertad, limitación de derechos, etc, que no debe quedar en manos del juzgador.
- La determinación legal de su extensión o monto.- La existencia de parámetros demasiados amplios resulta incompatible con el Principio de Legalidad, pues se podría generar espacios donde se produzcan arbitrariedades. Así mismo los factores a tomarse en cuenta para determinar racionalmente la sanción aplicable deben estar establecidos en la ley y no quedar al criterio de los jueces.
- La forma de ejecución de la sanción.- Las sanciones penales constituyen una privación o restricción de derechos constitucionales, los que sólo pueden ser limitados en virtud de una ley, pero además la misma ley debe establecer la forma en la cual se ha de cumplir la sanción, no debiendo quedar al libre arbitrio de la autoridad administrativa encargada del cumplimiento dicha sanción⁷⁸.

⁷⁸ La ejecución de la pena privativa de libertad, por su propia naturaleza, afecta en grado significativo otros derechos del penado; por lo que es necesario que sea regulada por ley. Este es un punto de suma importancia: el condenado a prisión es un ser humano que debe ser tratado conforme con su dignidad de persona, reconociéndosele el goce y ejercicio de todos sus derechos, en tanto resulte compatible con la naturaleza de la pena privativa de libertad; la privación de la libertad sólo limita la libertad de tránsito. Compatibilizar esto es tarea de la ley, y no por la autoridad administrativa que es la llamada sólo a ejecutar la pena.

El Principio de Legalidad de las sanciones se viola cuando la ejecución de las penas, en particular las penas privativas de libertad, no se encuentran regulada por una ley sino por un reglamento. Así el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que las condiciones de la privación de la libertad, entre las que figura la forma de ejecución de la pena privativa de libertad deben ser fijadas por la ley. Así mismo, cuando no existe un debido control judicial de la forma en que las autoridades penitenciarias ejecutan las penas⁷⁹.

En el Perú, la Constitución Política del Estado (artículo 2º, inc. 24, literal d) y el Código Penal (artículo II del Título Preliminar) recogen el aspecto sustantivo de este principio, en concordancia con los instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9º) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37º inciso b, y artículo 40º inciso 2).

El reconocimiento de este principio en el ámbito sustantivo por el sistema de justicia penal juvenil, es de suma importancia para los adolescentes que no han incurrido en infracciones penales, pues existen los llamados estados de abandono o peligro moral, en cuyo caso debe aplicarse una medida de protección y no una medida de internamiento, como ocurría con el anterior Código de Menores (artículo 107º). Por ello, la criminalización de situaciones de irregularidad (estado de abandono o peligro moral) además de violar la garantía del tipo penal, incrementa la discrecionalidad del juzgador en la aplicación de las medidas y en la duración de las mismas.

En consecuencia, es necesario la existencia de una norma que tipifique expresamente las conductas de los adolescentes consideradas como infracciones a la ley penal. El principio es recogido en el artículo 189º del Código de los Niños y Adolescentes que establece que no pueden ser procesados o sancionados por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieran calificados en la ley penal (Código Penal y leyes

⁷⁹ Según los Principios y Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, todo sistema penitenciario debe contar con un cuerpo legal que regule la ejecución de las penas y establezca una jurisdicción especializada de fiscalización y vigilancia de las autoridades penitenciarias, con el objeto de velar por el respeto de los derechos de las personas que cumplen penas privativas de libertad.

conexas) como delito, ni sancionados con una medida socioeducativa que no estén previstas en el Código.

Por su parte el artículo 183° del Código de los Niños y Adolescentes, indica que se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad haya sido señalada, como autor o participe, en un hecho punible tipificado como delito o falta por la ley penal. En dicho sentido, todas las conductas previstas en la ley penal para adultos son infracciones que pueden ser atribuidas a los adolescentes.

Sin embargo, se cuestiona si todas las figuras previstas en el Código Penal, justifican la intervención del sistema penal juvenil, y si toda infracción cometida por un adolescente debe sancionarse con igual severidad que a los adultos. Es obvio que no debe ser así, ya que el adolescente debe ser enjuiciado sólo en casos de infracciones graves, pues es necesario recordar que la Doctrina de la Protección Integral sólo concibe un sistema de responsabilidad penal juvenil basado en el concepto de un derecho penal de mínima intervención.

Por ello, deben hacerse uso de figuras que eviten la intervención penal en los casos de escasa relevancia social o cuando por las condiciones del adolescente sea innecesario o perjudicial para su desarrollo. De hecho, nuestra legislación en el proceso de adolescentes infractores, incluye el mecanismo de la remisión del proceso, similar al principio de oportunidad para adultos⁸⁰.

Otro aspecto relevante, es el referido a las medidas que pueden ser aplicadas a los adolescentes infractores. En el derecho penal de adultos, respetando el Principio de Legalidad de las sanciones, cada delito tiene un mínimo y un máximo de pena, límites que el juez está obligado a respetar.

Lamentablemente, en el caso de los adolescentes, no se ha desarrollado adecuadamente dicha garantía, ya que el Código de los Niños y Adolescentes no ha previsto

⁸⁰ Código Procesal Penal, Artículo 2°.

expresamente límites que garanticen que la medida socioeducativa a imponerse tenga la exacta proporción con el hecho atribuido, lo que implica una afectación al Principio de Legalidad.

El artículo 217° del Código de los Niños y Adolescentes establece que el juez puede aplicar al adolescente infractor las siguientes medidas:

- Amonestación
- Prestación de Servicios a la Comunidad
- Libertad Asistida
- Libertad Restringida
- Internación en establecimiento para tratamiento

Esta pluralidad de medidas, brinda al juzgador la posibilidad de optar por la que se adecue a la naturaleza de la infracción cometida por el adolescente y a su situación particular. La medida de internación, único supuesto de privación de libertad, debe ser aplicada como último recurso, tal como lo indican las reglas 18.1 y 19.1 de las Reglas de Mínimas para la Administración de Justicia de Menores.

Sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes no contiene o describe los supuestos que determinen los casos en que el juzgador puede imponer una u otra medida. Así, en teoría, frente a una determinada infracción se podría optar desde una amonestación hasta la imposición de la medida de internación, lo que afecta el Principio de Legalidad. Si bien, es natural que los magistrados tengan capacidad discrecional en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es evidente que dicho espacio tiene como límite el Principio de Legalidad, que cumple una función protectora y limitadora del poder punitivo del Estado. El artículo 191 del Código sólo señala como criterio general que la medida debe basarse no sólo en la gravedad del hecho, sino en las circunstancias personales que lo rodean.

En rigor, el único caso donde se intenta suplir la falta de criterios para la aplicación de las medidas socioeducativas es en la medida de internación, pues el artículo 236° del Código de los Niños y Adolescentes establece que sólo puede aplicarse esta medida

cuando:

- Se trate de un acto doloso infractor tipificado en el Código Penal con pena mayor a 4 años;
- Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves;
- Por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socioeducativa impuesta anteriormente.

Como se puede observar, salvo el primer supuesto, no se establece un criterio claro y objetivo que limite la discrecionalidad del juzgador para aplicar la medida, ya que en los otros dos supuestos se hace referencia a aspectos de derecho penal de autor, al utilizar la reiterancia como supuesto para imponer la medida. Este hecho sitúa al adolescente en una posición de desventaja con relación al adulto, pues en el Código Penal de 1991 no existe una figura similar como criterio para imponer una pena⁸¹, salvo para el caso de terrorismo como lo señala la Ley N° 25475 en su artículo 9°.

Sin duda, este aspecto constituye un defecto de la legislación nacional, ya que no garantiza plenamente que la privación de libertad sea efectivamente el último recurso a optarse.

Un ejemplo a tener en cuenta para la determinación de la medida privativa de libertad, lo constituye la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente de Venezuela, que reserva la privación de la libertad para determinadas infracciones⁸². Del mismo modo, el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia que limita la medida sólo a los casos de infracciones cometidas mediante grave amenaza o violencia contra la integridad de la persona.

⁸¹ Si bien las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (regla 17.1.c) indican la reincidencia como un criterio para la privación de la libertad, deben primar sobre las garantías propias del derecho penal que se fundamentan en la normatividad internacional de los derechos humanos. No hay que olvidar que el adolescente debe contar con idénticas garantías que el adulto y, de ser posible mayores, pero nunca menos.

⁸² Homicidio y lesiones gravísimas (únicamente dolosas), violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas, robo o hurto de vehículos automotores.

Un aspecto relacionado al Principio de Legalidad, regulado por el nuevo Código, es el referido a los plazos de prescripción, tanto para la acción judicial como para la medida socioeducativa impuesta. Al respecto, el Código en su artículo 222° señala que:

- El caso de la acción judicial prescribe a los dos años de cometido el acto infractor. Cuando la conducta se encuentre tipificada como una falta en la ley penal el plazo es de 6 meses; y,
- La medida socioeducativa prescribe a los 2 años contados desde el día en que la sentencia quedó firme.

El mismo artículo indica que cuando el adolescente se encuentre en calidad de contumaz o ausente, queda sujeto al ordenamiento procesal penal.

En consecuencia, en aplicación del Principio de Legalidad, no debe aplicarse una medida socio-educativa no prevista en el Código de los Niños y Adolescentes, como es el caso del denominado Servicio Comunal Especial, aprobado por Ley N° 27324, por cuanto no ha sido incluido en el catálogo de medias socioeducativas.

En el mismo sentido, en tanto el inciso c) del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 895 se opone al Código, no debe aplicarse al adolescente que incurra en las hipótesis de delito de terrorismo especial. Siendo ello así, los adolescentes no deben ser juzgados con el procedimiento establecido para los adultos, sino por un juez de familia de acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes.

De hecho, el Decreto Legislativo N° 895 afecta al Principio de Legalidad, al utilizar fórmulas amplias e imprecisas, como su artículo 1° que señala que incurren en este delito quienes hayan realizado “los delitos de robo, secuestro, y extorsión”, y quienes cometan “otro delito contra la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública...” utilizando armas de guerra, granadas o explosivos. Además, el artículo 2° literal a) numeral 6) de la citada norma, tipifica como Terrorismo Especial la acción de proporcionar información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados y

cualquier otra, con la sola exigencia que conduzcan a la elaboración de los planes delictivos. Esta fórmula desconecta toda exigencia subjetiva del autor.

4.9. Principio de Humanidad

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 2, inciso 24, literal d. Artículo 139, inciso 21

CÓDIGO PENAL

- Artículo II

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 194, Artículo 195, Artículo 196, Artículo 235

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 2, inciso c, 1, Artículo 8, Artículo 9

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 4.5, Artículo 5.2

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 37, incisos a y c

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 1.4, Regla 17.3

Mir Puig califica este principio como el que caracteriza en mayor medida el origen y evolución del contenido del sistema penal⁸³, que tiene como objetivo su humanización y el respeto por la dignidad de la persona. En mérito a este principio, una persona no debe ser sometida a penas crueles, inhumanas y degradantes.

Siguiendo esta orientación, la doctrina ha desarrollado diversos mecanismos o

⁸³ MIR PUIG, Santiago: Op. cit, pág. 94. Este autor nos recuerda que éste fue el punto central del programa de la Ilustración (concretamente, el de Beccaria) y se mantiene como una de las ideas centrales de toda reforma que sobre el sistema penal se ha venido planteando.

planteamientos para sustituir las penas privativas de libertad menos institucionalizadas. También, ha promovido la despenalización de ciertas conductas y la fijación de límites máximos a la pena privativa de libertad⁸⁴.

El Principio de Humanidad se relaciona con el de proporcionalidad, en tanto debe existir relación entre la gravedad del hecho y la respuesta penal que se genera, teniéndose en cuenta la importancia relativa y comparativa de los bienes jurídicos afectados⁸⁵. Este principio fue recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 5.2), así como en la generalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado peruano.

Por este motivo, al margen de la falta de criterios específicos para determinar la medida a aplicarse a un adolescentes, nuestra legislación se encuentra dentro de los parámetros que dicta el Principio de Humanidad contemplado en el artículo 37° incisos a) y c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe las torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la pena de muerte y la prisión perpetua⁸⁶.

En la legislación para adultos, que regula las garantías de ejecución de la pena, se establece el tratamiento humanitario de los internos procesados y condenados, respetándose su calidad de persona y los derechos humanos que les son inherentes (artículo 139° inc. 21° de la Constitución Política del Estado).

Para el caso de los adolescentes infractores, nuestra legislación contiene diversas

⁸⁴ Existe un debate sobre el caso de la cadena perpetua, pero regularmente esta es rechazada por ser una pena inhumana y atentar contra la resocialización del individuo. Mir Puig indica la pena de 15 años como un límite máximo razonable para la privación de libertad.

⁸⁵ En todo ordenamiento jurídico existe una jerarquía constitucional y legal de los bienes jurídicos, comenzado con el de la vida, el cual debe tener la mayor penalidad, mientras que el resto debería tener una pena gradualmente menor. Ver MERA, Jorge: “Adecuación del Derecho Penal Chileno a las exigencias de los Derechos Humanos”. En; Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos. Cecilia Medina y Jorge Mera editores. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico. Serie Publicaciones Especiales N° 6. Santiago de Chile, 1997. Pág. 394 y ss.

⁸⁶ En el marco de la legislación antiterrorista, se llegó a condenar a cadena perpetua a adolescentes que se encontraban dentro de los 15 y 18 años de edad, rebajando para ello la capacidad penal a los 15 años en los casos de Terrorismo y Traición a la Patria, excluyéndolos del ámbito de la legislación común de adolescentes infractores.

opciones de medidas socioeducativas, que van desde la amonestación hasta la internación. Esta inicial adecuación de nuestra legislación a los parámetros establecidos por la Convención, ha sido afectada por la tendencia hacia una sobre criminalización o incremento de la privación de libertad del adolescente.

Así, en el caso del delito de Terrorismo Especial previsto en el Decreto Legislativo N° 895, se estableció que los adolescentes entre 16 y 18 años pueden ser susceptibles de una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 35 años, afectando al Principio de Humanidad. A ello se agrega el hecho que la citada norma dispone el internamiento del adolescente en un establecimiento penitenciario de adultos de máxima seguridad. Además, al igual que los internos adultos por este delito, estaban sujetos al régimen interno especial previsto en el Decreto Supremo N° 003-96-JUS, que dispone la permanencia del procesado o condenado durante 23 horas y media en su celda, treinta minutos de acceso al patio y una visita mensual de familiares directos a través de locutorio. Este régimen resulta excesivo no sólo por los reducidos espacios que brinda a la persona, sino por la siempre inadecuada condición de la infraestructura penitenciaria⁸⁷. La norma además, prohíbe todo beneficio penitenciario a los procesados y sentenciados por este delito (artículo 8°).

Para los casos del Pandillaje Pernicioso, el Decreto Legislativo N° 899 modificó el Código de los Niños y Adolescentes de 1993 al extender el límite de la medida de internamiento de 3 a 6 años (artículo 195°). Esta modificación ha sido recogida por el nuevo Código, lo que no sólo implica un trato desigual respecto al resto de infracciones, sino una afectación al Principio de Humanidad, ya que desvirtúa la finalidad de la medida socioeducativa, asemejándola a una sanción penal para adultos por la duración de la medida.

⁸⁷ Es necesario reconocer que las autoridades del Instituto Nacional Penitenciario han flexibilizado este régimen. Así, al tener conocimiento la Defensoría del Pueblo del internamiento de adolescentes acusados por Terrorismo Especial en el Establecimiento Penal Régimen Cerrado Especial Miguel Castro Castro, se dirigió una comunicación a las autoridades penitenciarias a fin de que se evaluara la conveniencia de la permanencia en un establecimiento de máxima seguridad.

4.10. Garantías Procesales

Las garantías procesales suponen una serie de derechos relacionados con el proceso al cual puede ser sometido una persona. En tanto la privación de libertad de los adolescentes es consecuencia de una investigación y juzgamiento judicial, las garantías con que deben contar han de ser similares a las que rigen el proceso penal para adultos⁸⁸.

Como indica Binder, la forma como se estructura el proceso en un ordenamiento penal brinda las pautas para entender la política criminal que asume un país, ya que la respuesta estatal frente al delito no sólo se manifiesta en la sanción, sino también, y a veces primordialmente, en la estructura del proceso⁸⁹.

En el ordenamiento procesal para adolescentes infractores se evidencia una tendencia a incorporar los principios que rigen la Doctrina de la Protección Integral recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como la prohibición de la detención arbitraria o ilegal, acceso a la asistencia jurídica, celeridad procesal y acceso a la doble instancia.

Sin embargo, las normas procesales para el adolescente infractor carecen de especificaciones concretas, cuyos vacíos son cubiertos con la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Penales o los artículos vigentes del Código Procesal Penal. Así lo establece el artículo 192° del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que en los procesos judiciales que se sigan a los adolescentes infractores se respetarán las garantías de la administración de justicia consagradas en la Constitución Política del Estado, la

⁸⁸ Existen diversas clasificaciones sobre estas garantías, según los autores que las realizan. En el presente documento se sigue lo establecido en el instrumento metodológico proporcionado por ILANUD. Para una revisión más detallada puede revisarse a nivel internacional a FAUNDEZ LEDESMA, Héctor: “El derecho a un juicio justo”. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 80. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991. Págs. 133-179. Y, MAIER, Julio B. J.: Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1996. A nivel nacional, SAN MARTIN CASTRO, César: Derecho Procesal Penal. Volumen I. Grijley, Lima, 1999.

⁸⁹ BINDER, Alberto: “Menor infractor y proceso ¿penal? ... un modelo para armar”. En: La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad. Ministerio de Justicia de la República de El Salvador. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El Salvador, 1995. Pág. 83-97

Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes vigentes de la materia (entre ellas, el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal).

Si bien en el plano teórico es importante el reconocimiento de las garantías del proceso penal, la ausencia de normas expresas para el caso de los adolescentes infractores, originó que en más de una oportunidad se violen los principios que sustentan al debido proceso. A ello, se agregaron normas como el Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el Terrorismo Especial, que afectó las garantías procesales del Sistema de Justicia Penal Juvenil, al sustraer a los adolescentes entre 16 a 18 años de edad de la competencia del Juez de Familia y trasladar su juzgamiento al Fuero Privativo Militar, que luego fue derivado al fuero común por disposición de la Ley N° 27235.

4.10.1. Principio de Jurisdiccionalidad

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 139, incisos 1, 2 y 3
- Artículo 173

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 133

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 3
- Artículo 7, inciso i

LEY N° 27235

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 8, inciso 1

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 37, inciso d
- Artículo 40, inciso 2, literal b, iii
- Artículo 40, inciso 3, literal b

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

(No existe referencia específica a este principio, pero en varios artículos se hace referencia a la «autoridad competente»)

- Regla 11.1, b Regla 11.3, Regla 14.1

La normatividad internacional reconoce el derecho del adolescente infractor a ser juzgado por una magistratura especializada que debe reunir las características esenciales de toda jurisdicción: juez natural (o competente), independiente e imparcial.

De otro lado, se deberá contar también con un conjunto de condiciones que le permita actuar como un tercero frente al caso concreto. Según Maier, para ello existen algunas previsiones: independencia de todo poder externo, imparcialidad y Principio del Juez Natural⁹⁰, que son consideradas por Faúndez⁹¹ como condiciones previas relativas al tribunal, en tanto no tienen que ver directamente con el proceso, sino que son condiciones indispensables con las que debe contar todo tribunal, sin las cuales no es posible esperar decisiones justas.

La especial protección se explica por el derecho en juego durante el proceso penal: la libertad individual (cuando no la vida o la propiedad), en tanto toda limitación a este derecho debe realizarse mediante un proceso que responda a un supuesto expresamente señalado por la ley (Principio de Legalidad), que haya sido adecuadamente probado sin duda alguna (Presunción de Inocencia), por un ente imparcial y objetivo (independencia e imparcialidad del magistrado y Principio del Juez Natural) y que goce de todas las garantías procesales (Debido Proceso).

a. Independencia.- Del Poder Judicial y de los magistrados, de cualquier poder externo que pueda influir en la consideración del proceso. Comprende dos aspectos:

⁹⁰ MAIER, Julio B. J.: Op. cit. Pág. 739-742.

⁹¹ FAUNDEZ LEDESMA, Héctor: Op. cit. Pág. 141 y ss.

- La independencia institucional o colectiva del Poder Judicial respecto a su relación con los demás órganos del Estado. Constituye una característica básica de todo Poder Judicial, que tiene su origen en la teoría de la división de poderes. Los tribunales en su labor jurisdiccional no deben estar supeditados a los designios de otros poderes del Estado⁹².
- La independencia personal del tribunal y su autonomía frente a la propia estructura judicial. La independencia más que un atributo consustancial de la organización del Poder Judicial, es un atributo de cada magistrado, tanto frente a poderes externos al Poder Judicial como frente a las demás instancias de éste⁹³.
 - Imparcialidad.- El magistrado que conoce el proceso y decide sobre el mismo no debe tener ideas anticipadas que lo prejuzguen, orientando su decisión.

El sentido de la garantía consiste en asegurar que la determinación de la responsabilidad penal y la posible sanción sean definidas por un ente objetivo. La protección del ciudadano no se asegura con garantías contra la interferencia externa, sino otorgándole la posibilidad que ante una duda razonable sobre la parcialidad del magistrado, pueda solicitar su exclusión del caso y su reemplazo, invocando el temor o sospecha de parcialidad⁹⁴.

Las formas de afectación a la imparcialidad están relacionadas con la existencia de vínculos de parentesco o similares entre el juez y una de las partes, razones de amistad o enemistad hacia una de ellas o cualquier otro supuesto. César San Martín menciona dos formas de apreciar la imparcialidad, la subjetiva (la convicción personal del juez en el caso

⁹² Tribunales Internacionales (el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), así como las normas de Naciones Unidas (Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura), han desarrollado elementos a ser tomados en cuenta respecto a la independencia judicial: adecuados mecanismos de nombramiento, estabilidad o inamovilidad de los magistrados, vigencia de ingresos económicos adecuados, prohibición del Presidente de ejercer funciones judiciales, deber de los jueces de ceñirse a las leyes, independencia de los demás poderes, garantías frente a presiones externas, etc.

⁹³ Binder señala que la independencia personal es la base de la independencia judicial, siendo la independencia institucional un concepto secundario que existe en tanto sirve a la independencia personal. A diferencia de la organización vertical, propia del Poder Ejecutivo donde el Presidente controla finalmente las decisiones, en el Poder Judicial debe existir una organización horizontal donde cada magistrado goce de independencia y autonomía en sus decisiones, respetando la Constitución y la ley, no existiendo obediencia jerárquica respecto a su labor judicial. BINDER, Alberto: Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993.

⁹⁴ SAN MARTIN CASTRO, César: Op. cit. Pág. 58.

concreto) y la objetiva (las garantías que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso)⁹⁵.

- c. Competencia.- El juez que se haga cargo del proceso debe ser el señalado por la ley, evitándose la remisión a tribunales que no tengan competencia antes de la realización de los hechos que se han de juzgar. Maier⁹⁶ señala como una forma de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal, el evitar que sea creado o elegido por alguna autoridad luego de que el hecho a ser juzgado ya se haya realizado. Cualquier cambio en la competencia de los tribunales no debe afectar los procesos ya iniciados, en tanto sería una forma de burlar este principio⁹⁷.

Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40° inciso 2), literal b), párrafo “v”, garantiza el sometimiento del adolescente a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

A ello se agrega la necesidad de una justicia especializada para el juzgamiento del adolescente, lo que responde a la necesidad de contar con un magistrado que tenga una preparación adecuada para el tipo de procesos que debe conocer.

Al respecto, el inciso 1° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado establece como principio de la administración de justicia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no pudiendo existir otra jurisdicción, salvo la militar y arbitral. En el inciso 2° primer párrafo se consagra la independencia judicial, mientras que en el inciso 3° segundo párrafo el del juez natural.

⁹⁵ Una equivocación común es confundir la honestidad personal y capacidad profesional con el temor de imparcialidad señalado. El Tribunal Constitucional de España brinda una adecuada diferencia cuando señala en una sentencia sobre el temor de parcialidad; «No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los jueces que llevan a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una

⁹⁶ MAIER, Julio B. J.: Op. cit. Pág. 763.

⁹⁷ Como señala Maier, esta afirmación no es absoluta pues puede darse el caso de un proceso de reorganización de la competencia de los tribunales de un país que hace necesario una reasignación de los expedientes, en tanto esto no sea una forma de encubrir un tribunal de excepción, el principio no se afecta (MAIER, Julio B. J.: Op. cit. Pág. 771).

Por lo tanto, resulta claro que los adolescentes acusados por la comisión de una infracción tienen derecho a ser juzgados por una instancia judicial que tenga las características esenciales señaladas.

El Código de los Niños y Adolescentes contempla la existencia de una justicia especializada a cargo de los Juzgados de Paz Letrados, Juzgados Especializados, las Salas de Familia y la Corte Suprema (artículo 133°).

Dentro de las funciones del Juez de Familia está el juzgar a los adolescentes infractores, decidir la procedencia de la acusación, la aplicación de medidas provisionales y resolver la situación jurídica del adolescente aplicando una medida socio-educativa o absolviéndolo.

Sin embargo, el establecimiento de una administración de justicia especializada no sólo implica la creación de juzgados y salas especializadas, sino además contar con todo un procedimiento particular desde el inicio de la investigación hasta la ejecución de la medida.

Debe recordarse que antes del Código de los Niños y Adolescentes de 1993, no existía un sistema de administración de justicia especializada, ya que los denominados Juzgados de Menores no formaban parte de un sistema integrado y especializado, pues ello recién se produjo cuando se dispuso que la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima se convirtiera en Sala de Familia encargada de resolver exclusivamente los procesos de los niños y adolescentes.

Para lograr una mejor especialización y administración de justicia, los 14 Juzgados de Familia (antes del Niño y Adolescente) que existían hasta mediados de 1997 fueron divididos por materias civil, tutelar y penal. Ello determinó, por ejemplo, que en el caso del Distrito Judicial de Lima sólo 3 juzgados sean competentes en asuntos relacionados a infracciones de la ley penal.

Esta especialización se extendió a los fiscales y abogados de oficio, que de manera

exclusiva conocen los asuntos relacionados a los niños y adolescentes. En la parte administrativa, se han conformado órganos auxiliares, como el Equipo Multidisciplinario, la Policía Especializada, la Policía de Apoyo a la Justicia, el Servicio Médico Legal y el Registro del Adolescente Infractor (artículos 149° al 159° del Código de los Niños y Adolescentes).

Esta especialización fue el resultado de conversaciones y pedidos del sector vinculado al trabajo con niños y adolescentes, quienes consideraron necesaria la existencia de un sistema especial de administración de justicia para el caso de infracciones a la ley penal cometidas por los adolescentes. Esta especialización forma parte de un proceso aún inconcluso, en tanto existen zonas del país donde los procesos de adolescentes infractores vienen siendo resueltos por juzgados mixtos que conocen al mismo tiempo de asuntos civiles, penales y de familia.

Si bien la carga procesal de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima no justifica crear una Sala Especializada en materia penal juvenil, subsiste el problema de la falta de especialización, ya que la Sala existente resuelve de manera indistinta tanto asuntos civiles, tutelares y los referidos a infracciones de la ley penal, sin tener en cuenta que cada uno de ellos contiene conceptos básicos radicalmente distintos entre sí.

La exclusividad del Poder Judicial para conocer los procesos de los adolescentes infractores a través de los Juzgados y Salas de Familia, fue afectada por el Decreto Legislativo N° 895, pues inicialmente trasladó la jurisdicción al Fuero Militar, contraviniendo el Principio de Juez Natural. Esta situación tampoco fue corregida por la Ley N° 27235, pues se limitó a trasladar la competencia a los jueces penales para adultos, manteniéndose con ello la afectación al Principio de Jurisdiccionalidad.

Adicionalmente, en estos casos, era imposible recusar a los magistrados y auxiliares de justicia (Decreto Legislativo N° 895, artículo 7° inciso i) afectando la capacidad del adolescente y su defensor de garantizar la imparcialidad del tribunal. Prohibir toda forma de recusación es una manera de afectar esta garantía del debido proceso. De acuerdo a la

norma, no se podía recusar al juzgador a pesar de que existan evidencias que lo justifiquen (como parcialización por ejemplo).

4.10.2. Principio del Contradictorio

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 139, inciso 15

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 192, Artículo 203, Artículo 207, Artículo 212

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 7

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Convención Americana sobre Derechos Humanos

- Artículo 8, inciso 2, literal a
- Artículo 8, inciso 2, literal b
- Artículo 8, inciso 2, literal f

Convención sobre los Derechos del Niño

- Artículo 40, inciso 2, literal b, ii
- Artículo 40, inciso 2, literal b, iii
- Artículo 40, inciso 2, literal b, iv
- Artículo 40, inciso 2, literal b, vi

Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores

- Regla 7.1
- Regla 14.1
- Regla 14.2
- Regla 15.2

Una característica que debe tener todo proceso penal es el equilibrio e igualdad de las partes. Para ello se requiere de:

- La existencia de una imputación; que significa que el ente acusador indique claramente el hecho del que se acusa al adolescente;
- La realización de una intimación; es decir, que la imputación sea comunicada oportunamente para poder desarrollar su defensa; y,
- La celebración de una audiencia; donde puedan contraponerse las argumentaciones de la parte acusadora y de la defensa.

Es especialmente importante que la asignación de los roles principales (defensa, acusación y juzgamiento) sean formuladas a entes distintos, evitándose la concentración de funciones. También, que el proceso debe ser dividido en dos fases, la investigación y el juzgamiento, cada una de ellas a cargo de distintos órganos. Es imprescindible para el respeto de este principio, relacionado en este aspecto con el de la imparcialidad del juzgador, que en el proceso el magistrado que sentencie sea distinto a quien investigó⁹⁸.

En el mismo sentido, San Martín menciona como aspectos esenciales del Principio Acusatorio⁹⁹ lo siguiente:

- El ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez y la necesidad de la acción pública. La concentración de funciones de investigación y funcionamiento afecta tanto el Principio del Contradictorio como la imparcialidad del juzgador¹⁰⁰.
- La división del proceso en dos fases (investigación y juzgamiento), con tareas específicas cada una de ellas y bajo la responsabilidad de órganos diferentes (prohibición de identidad entre instructor y decisor). Esta dualidad de las fases del proceso obliga a que si la primera ha estado dirigida por un juez, sea uno distinto el magistrado de la etapa de juzgamiento, evitando prejuicios que son casi inevitables

⁹⁸ Un ejemplo de ello a nivel de la jurisprudencia internacional fue el fallo del Tribunal Constitucional de España en la sentencia N° 145/88 (12 de julio de 1988), que declaró inconstitucional el art. 2 de la Ley Orgánica 10/1988 que unificaba la jurisdicción introductoria y de juicio. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado esto en los casos de «Piersack» y «De Cubber».

⁹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César: Op. cit. Pág. 74. El autor cita en este aspecto a José María Asencio Mellado.

¹⁰⁰ La división de funciones permite al juez mantener la adecuada distancia entre ambas partes (Ministerio Público y defensa) para decidir imparcialmente.

cuando se ha realizado la labor de investigación.

Esta división de funciones es la única forma de posibilitar el contradictorio, ya que permite que el acusado se enfrente con el Ministerio Público en un debate abierto¹⁰¹.

Tiffer indica que para el caso de los adolescentes, el principio debe reflejarse en la participación de fiscales y defensores, y en el cumplimiento del rol de cada uno. El Fiscal debe tener una posición activa (realizar la investigación preliminar, mantener la acusación y fundamentarla en el debate). El defensor debe tener un rol activo en la representación del adolescente desde la fase de la investigación, donde lo podrá acompañar a cualquier tipo de interrogatorio, en el debate y en la fase de ejecución de la sentencia¹⁰².

En el ordenamiento procesal nacional para adolescentes infractores se definen los roles diferenciados del juez, fiscal y del abogado defensor del adolescente infractor, siendo distintos los órganos de acusación y de juzgamiento. La primera función corresponde al fiscal y la segunda al juez.

No obstante, nuestra historia jurídica de una tradición procesal penal inquisitiva afecta la vigencia real del Principio del Contradictorio.

El principio de la administración de justicia contemplado en el inciso 15° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado establece el derecho de toda persona a ser informada inmediatamente y por escrito de las causas de su detención, lo que constituye un aspecto esencial sobre el cual se basa el Principio del Contradictorio (y hace viable el Derecho de Defensa), pues da lugar al aporte de pruebas y a refutar los argumentos del fiscal de parte de la defensa del adolescente.

El Principio del Contradictorio rige para los procesos al adolescente infractor, y a

¹⁰¹ MANZANEDA MEJIA, Jesús María; VASQUEZ G., Magaly: El Nuevo Proceso Penal Venezolano. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado. Caracas, 1996. Pág. 31.

¹⁰² TIFFER SOTOMAYOR, Carlos: Op. Cit. Pág. 44.

que el artículo 192° del Código de los Niños y Adolescentes dispone que deben respetarse las garantías de administración de justicia consagradas en la Constitución Política del Estado.

En líneas generales se aprecia que el ordenamiento procesal para los adolescentes infractores protege el Principio del Contradictorio en diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, como la comunicación e información de los cargos sobre la persona, el derecho a ser oído (artículo 203°), a actuar pruebas y a refutar argumentos contrarios (artículo 212°), como parte de sus derechos fundamentales.

Esta normativa es acorde con las garantías consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando en los párrafos II, III, IV y VI del literal b), inciso 2), artículo 40°, reconocen el derecho a ser informado, a que la causa sea dirimida sin demora por órgano judicial competente e imparcial a formular descargos y a un intérprete en caso no hable el idioma utilizado por el tribunal.

4.10.3. Principio de Presunción de Inocencia.

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 2, inciso 24, literal e

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 5, Artículo 208, Artículo 209, Artículo 210, Artículo 211, Artículo 236

CÓDIGO PROCESAL PENAL

- Artículo 135

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 7, inciso b
- Artículo 7, inciso c

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 8, inciso 2

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 40, inciso 2, literal b, i

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 7.1
- Regla 14.2 y comentario

Es un derecho subjetivo en favor del inculpado ser considerado inocente en tanto no se presente una prueba suficiente que destruya dicha presunción.

Maier plantea tres expresiones del Principio de Presunción de Inocencia:

- **Indubio pro reo.-** La presunción beneficia al inculpado, siendo la parte acusadora quien busca destruirla en el proceso. Para una sentencia condenatoria es necesario que la presunción sea completamente eliminada mediante una certeza absoluta sobre la culpabilidad. La presunción se manifiesta tanto al momento de sentenciar como durante el proceso, donde la persona no puede ser tratada como culpable. Ello se vincula con el carácter excepcional que deben tener las medidas de coerción durante el proceso, que como la detención preventiva, en la práctica se convierten en verdaderas condenas anticipadas.
- **Onus probandi.-** La carga de la prueba recae sobre el acusador. Las presunciones legales de culpabilidad son contrarias a este principio¹⁰³, así como la amplitud del criterio judicial o las sentencias no fundamentadas debidamente¹⁰⁴.
- **Trato de inocente.-** El imputado goza de un estado de inocencia, que restringe las limitaciones de sus derechos durante el proceso al mínimo indispensable y sólo para el cumplimiento de los fines del proceso.

¹⁰³ Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presunción se afecta cuando la legislación autoriza la detención y juzgamiento de personas en base de semi-pruebas de culpabilidad, o como cuando en el delito de terrorismo se presume legalmente la existencia de asociaciones ilícitas. Ver O'DONNELL, Daniel: Protección Internacional de los Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, 2da. edición, Lima, 1989. Pág. 170. Este autor cita las partes pertinentes del Informe Argentina (1980), Informe Anual 1979-1980 sobre Chile.

¹⁰⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado (para el caso de los tribunales especiales, pero también aplicable en los casos comunes) que la existencia de sentencias basadas únicamente en pruebas circunstanciales afecta este principio. Ver Informe sobre Nicaragua (1981), citado en O'DONNELL, Daniel: Op. cit. Págs. 170-171.

Como se ha señalado, la presunción de inocencia limita las medidas preventivas de coerción, especialmente la prisión preventiva, la cual debe ser una excepción a la libertad en razón del interés del proceso¹⁰⁵. Por su parte la libertad provisional debe ser también un beneficio que debe proceder sobre un régimen de prisión preventiva.

En cuanto a la prisión preventiva, sólo debe proceder en los casos en que existan:

- Elementos que permitan afirmar la posibilidad de la responsabilidad del inculcado.- No se requiere de pruebas sobre la responsabilidad del procesado, pero sí de indicios ciertos sobre la misma.
- La limitación de la libertad únicamente procede cuando exista esta probabilidad.
- Peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso por el inculcado.- A fin de asegurar su presencia en el proceso o la ejecución de la sentencia.
- Necesidad de la medida.- Los dos anteriores requisitos pueden no sólo originar la prisión preventiva, sino otras medidas coercitivas personales o reales, con que se puede garantizar el proceso. La prisión preventiva es sólo una de las varias posibilidades con que se cuenta, aunque la más grave, por ello aplicable sólo en los casos que las demás sean evidentemente insuficientes.

Aun cuando la detención preventiva esté adecuadamente fundamentada, no debe exceder de un plazo razonable. La prolongación excesiva es una contradicción con el Principio de Presunción de Inocencia. El principio de proporcionalidad limita la duración de la detención preventiva, teniendo en cuenta la pena probable para el delito que se le imputa. En el ámbito internacional se han establecido dos sistemas para asegurar esta proporcionalidad: límites temporales objetivos; y el reconocimiento del principio de proporcionalidad¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Según Maier, a diferencia de la sanción penal, la coerción procesal tiene por finalidad resguardar los fines que persigue el proceso (averiguar la verdad y ejecutar la ley sustantiva), por lo que el fundamento de una medida de coerción se debe basar en el peligro de fuga de la persona o de la obstaculización en la averiguación de la verdad. Ver MAIER, Julio B. J.: Op. cit. Pág. 516.

¹⁰⁶ Desarrollado jurisprudencial y doctrinariamente en Alemania y difundido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como bien señala Tiffer, la presunción de inocencia se aplica en las legislaciones en que opera un modelo de derecho penal de culpabilidad por el hecho (Derecho Penal de Acto) y no de culpabilidad de autor (Derecho Penal de Autor). En el caso del derecho penal juvenil con orientación punitivo-garantista, se expresa en el hecho de que al adolescente sólo se le pueda imponer una medida en el caso que se demuestre responsabilidad¹⁰⁷.

En consecuencia, la presunción de inocencia limita el internamiento provisional de los adolescentes, en tanto su responsabilidad no haya sido probada judicialmente.

Siguiendo los postulados y principios rectores de la Doctrina de la Protección Integral, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra en su artículo 40º, inciso 2º), literal b), párrafo i, como una garantía para el niño procesado por una infracción penal, que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

En nuestra legislación, la presunción de inocencia es reconocida por la Constitución Política del Estado en el literal e), inciso 24º, artículo 2º, que dispone que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La garantía abarca tanto al proceso penal para adultos como al de adolescentes.

En el caso de los adolescentes infractores, la detención preventiva constituía un aspecto problemático en el Código de los Niños y Adolescentes de 1993, al no determinar los supuestos en que se podía aplicar dicha medida. Así, en la práctica, los jueces de familia fundamentaban la detención preventiva en los mismos criterios que los utilizados para la sentencia de internamiento, lo cual era evidentemente incoherente.

Afortunadamente, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes establece en su artículo 209º que el internamiento preventivo, que debe de ser motivado debidamente, sólo puede decretarse en tanto exista:

Prueba suficiente.- Elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o

¹⁰⁷ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos: Op. cit. Pág. 38.

partícipe de la comisión de la infracción.

- Peligro procesal.- Tanto por el riesgo razonable que el adolescente eluda el proceso que se le sigue o el temor fundado de la destrucción u obstaculización de las pruebas.

Esta innovación en la legislación constituye un hecho positivo. No obstante, hubiera sido adecuado que, al igual como en el caso de los procesos a los adultos (artículo 135º del Código Procesal Penal), se limitara la detención preventiva únicamente a los casos en los que la comisión de la infracción haya sido dolosa, evitándose así el internamiento en los supuestos que la infracción se hubiera realizado culposamente.

Por lo tanto, constituye labor del Poder Judicial y del Ministerio Público el adecuar su actuación a lo determinado por la normatividad vigente.

Un aspecto que no ha resuelto la nueva norma es el establecer un límite temporal a la internación preventiva, como sí se observa en otras legislaciones extranjeras:

A pesar de los avances legislativos, se ha observado en la práctica judicial que el Principio de Presunción de Inocencia tiene limitaciones debido —entre otros motivos— a la falta de interiorización de este principio de parte de los operadores judiciales que intervienen en el proceso de los adolescentes

4.11. Garantías de la Ejecución de Las Medidas

La ejecución de las medidas socioeducativas constituye un aspecto trascendente en el marco del Sistema Penal Juvenil. Sin embargo, como en el caso de los adultos, tiene limitado desarrollo legislativo y doctrinario. De manera general, se puede afirmar que en la fase de la ejecución debe tenerse presente la vigencia de principios que garanticen su adecuación a los estándares fijados por los instrumentos internacionales¹⁰⁸.

¹⁰⁸ BACHS I ESTANY, José María: «El control judicial de la ejecución de las penas en nuestro entorno cultural». En: Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Iñaki Rivera Beiras (coordinador). J. Bosh Editor S.A. Barcelona, 1992. Págs. 119-165.

Como se ha indicado, la responsabilidad penal del adolescente es diferente a la del adulto, por lo que las medidas aplicables no tienen la misma finalidad, aunque hay semejanzas. En el caso del adolescente, más que el fin represivo o retributivo, que no se encuentra ausente en el derecho penal de adultos, se incide en la finalidad de crear una conciencia de la responsabilidad de sus actos¹⁰⁹. Según el artículo 40º, inciso 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda intervención debe estar basada en el respeto a la dignidad del niño, evitándose toda forma de degradación o sometimiento, buscando fortalecer el respeto de sus derechos y libertades, teniendo como objetivo promover su integración. En el caso de los adolescentes infractores, resulta imperativo resaltar el considerable contenido educativo que debe tener la ejecución de las medidas socioeducativas.

Al respecto, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes establece una variación terminológica respecto a la finalidad de las medidas socio-educativas. En el Código anterior se estableció, en concordancia con la Convención, que estas medidas tenían por objeto la educación del adolescente (artículo 240º). En tanto, el vigente Código señala que el Sistema de Justicia del Adolescente Infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo hacia su bienestar (artículo 191º), concepto que se reitera luego cuando se indica que las medidas socio-educativas tienen por objeto la rehabilitación del adolescente (artículo 229º).

¹⁰⁹ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos: Op. cit. Pág. 147.

CAPÍTULO V

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, DOCTRINA ADMITIDA EN EL ÁMBITO JURÍDICO COMO PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

5.1. Preludio

El Comité de los Derechos del Niño ha insistido en que el interés superior del niño es uno de los principios rectores del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño; aunque no es un concepto nuevo en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. No obstante, la previsión del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño comprende un amplio margen de aplicación, que supera la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El citado artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño subraya que las autoridades administrativas y legislativas, así como las instituciones públicas y privadas deben cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración primordial.

De ello, se advierte que las interpretaciones de aquello que constituye el “interés

superior del niño” no pueden en ningún caso modificar o reemplazar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la Convención; así como también, el mencionado concepto adquiere un significado especial cuando otras disposiciones más específicas de la Convención no pueden aplicarse.

En sus orientaciones generales para los informes que deberán presentar los Estados¹¹⁰ y en los exámenes de tales informes, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia así como en las actividades parlamentarias y administrativas, en el ámbito nacional y local, y en especial los relativos a las asignaciones presupuestarias. La valoración de las repercusiones sobre los niños y la integración de los resultados en las leyes, las políticas y la práctica se convierten por lo tanto en una obligación. De acuerdo con ello, el concepto del interés superior del niño no debe plantearse solo desde un punto de vista legal, debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños.

En general, en las observaciones generales del Comité¹¹¹ y en la jurisprudencia de las cortes regionales. En nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter regulador de la normativa de los derechos del niño de este principio; que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹¹². De ello, se concluye que el interés superior del niño es aludido como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos

¹¹⁰ Las orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) de párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, fueron aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 343ª sesión celebrada el 11 de octubre de 1996. El texto completo se puede ver en: FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Preparado por Rachel Hodgkin y Peter Newell. Ginebra, 2001. Pág. 627 y ss.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párrafo 126; y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272', párrafo 218

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56.

contemplados en este instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Para tal propósito, “es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”¹¹³.

Las acciones del Estado y la sociedad respecto a la protección de los niños, a la promoción y preservación de sus derechos debe ceñirse en ese contexto; así el “interés superior del niño” consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.¹¹⁴

En ese orden de ideas, el principio del interés superior del niño, exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los Tribunales. En aplicación de ello, se modificará sustancialmente diversos aspectos de acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector, así como permitirá la interpretación de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y en otras considerándolas inaplicables.

Este principio rector constituye un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico; solucionando la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así “el interés del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”.¹¹⁵

¹¹³ Ibídem. Nota 59.

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OC-17/2002 Conclusión 2.

¹¹⁵ D'ANTONIO, Daniel Hugo. Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera. Buenos Aires, Astrea, 2001. Pág. 47.

Los criterios expuestos por los órganos supervisores y jurisdiccionales del sistema universal e interamericano de protección internacional de los derechos humanos, respectivamente, el rasgo central y distintivo de la Convención sobre los Derechos del Niño lo constituye la consideración que hace de la infancia, desplazando el enfoque tutelar basado en la idea de niño objeto de control hacia el enfoque de protección, fundado en la concepción del niño sujeto titular de derechos, por lo tanto, desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado dirigida a dar protección a los niños, debe dejar de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos considerando su superior interés.

Con ello se impone a los órganos jurisdiccionales ordinarios la obligación de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en sus razonamientos jurídicos, intentando determinar con claridad el alcance de los derechos de los niños y adolescentes, la prioridad y los límites que ellos tienen en caso de conflicto con derechos de otras personas y los medios jurídicos para darles la adecuada protección.

Siendo así, la Convención sobre los Derechos del Niño pone de relieve un tema relativamente nuevo en la teoría del derecho del niño para hacer efectivos sus derechos fundamentales. Con ello ha puesto en debate la forma de dar protección jurídica a los derechos de los niños y adolescentes, e implica un cambio de mirada con respecto a la consideración jurídico-legal de la infancia, al concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos; resaltando un principio que toma mayor protagonismo: el principio del interés superior del niño.

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

5.2. El sistema internacional de protección de los derechos del niño y su recepción en el derecho peruano

Los derechos humanos no solo se encuentran consagrados en las constituciones, leyes y demás normas del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino fundamentalmente en la normativa internacional. En este sentido, además de costumbres y principios generales del Derecho, existen numerosos tratados internacionales y declaraciones elaboradas en el ámbito de ciertas organizaciones internacionales que consagran derechos fundamentales de la persona y establecen mecanismos para su protección.

Conocer los Tratados y Declaraciones sobre Derechos Humanos obligatorios para el Perú resulta esencialmente importante para cualquier ciudadano y en especial para los encargados de administrar justicia en nuestro país. Y es que, conforme la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales de la persona que ella reconoce deben ser interpretados a la luz de tales instrumentos.

Nos encontramos ante un mandato constitucional que ordena interpretar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de conformidad con los acuerdos internacionales suscritos por el Perú. Esta conformidad no puede ser formal sino material, es decir toda interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Constitución debe ser deducible de estos instrumentos internacionales. En concordancia, el Tribunal Constitucional ha precisado que “los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los Tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para

determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”.

Siendo que la presente investigación tiene por objeto determinar el contenido y alcances del principio del interés superior del niño, a que se refiere el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, resulta necesario conocer previamente el sistema internacional de protección de los derechos del niño y los efectos de su recepción en el sistema jurídico peruano; pues, atendiendo al mandato constitucional, es a la Convención sobre Derechos del Niño a la que debe remitirse toda interpretación sobre el mencionado principio.

5.2.1. El Sistema Internacional de protección de los Derechos del Niño.

Los derechos del niño carecían de reconocimiento jurídico hasta entrado el siglo XX. Han surgido declaraciones, convenciones..., que de una forma más o menos directa tienden a proteger los derechos de los niños.

El movimiento en defensa de los niños, comienza en Inglaterra, con la adopción en 1924 de la Carta de los Derechos del Niño, por la Sociedad de Naciones. A partir de ese momento, comienzan a aparecer distintos documentos en los que la esfera de protección al niño, aunque a veces sea de forma directa, se va ampliando paulatinamente.

5.2.2. La Protección jurídica de la Infancia

El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no solo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que adicionalmente, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

precisado que “la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.

Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tiene la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a lo cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que es per se discriminatorio, sino por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones.

De acuerdo con ello, la especial protección que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A tales derechos especiales les corresponden deberes específicos, vale decir la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. A estos dos últimos, se les requiere una mayor participación en caso de desamparo mediante la adopción de medidas para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y coadyuvar o, suplir a la familia en la función que esta naturalmente tiene a su cargo para brindarles protección.

5.3. El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño

El fundamento de la obligatoriedad de los tratados se apoya en los principios del *pacta sunt servanda* y de la buena fe. Así, el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 señala: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ella de buena fe”. De ello se tiene que los tratados no solo son obligatorios sino que hay que cumplirlos de buena fe: esto es, absteniéndose de realizar actos destinados a frustrar el objeto y fin del tratado y haciendo uso de todos los mecanismos para lograr la plena ejecución del acuerdo.

El Tribunal Constitucional ha destacado que “tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho internacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable al interior del Estado”.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional sobre derechos humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados frente a todo menor y a sus representantes legales sometidos a sus jurisdicciones y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.

Dicho conjunto de derechos que componen el catálogo, constituye el mínimo exigible al Estado. Nada autoriza que el Estado lo restrinja y todo alienta al Estado para que incluya otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes. En ese sentido la obligación de los Estados de procurar el ejercicio de los derechos del niño no es una obligación estática, sino dinámica y progresiva que debe permitir el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de estos derechos.

5.4. El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente

Constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

En este tratado se reconoce la condición de sujeto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como el deber de la familia, la comunidad y el Estado de garantizar sus derechos. También establece los principios de no discriminación, supervivencia y desarrollo, participación, e interés superior del menor de edad, asegurando que toda decisión que se tome sobre ellos busque siempre la satisfacción integral de sus derechos y su desarrollo.

Asimismo, reconoce el derecho de los padres, tutores y educadores de dirigir y orientar la formación de los niños, niñas y adolescentes para que puedan ejercer sus derechos por sí mismos, asumir sus responsabilidades y opinar sobre los asuntos que les afectan de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Cada persona debe reconocer la condición de sujeto de derechos en los niños, niñas y adolescentes que le rodean, y comprometerse en respetarlos y hacer realidad sus derechos. Por mandato del artículo 4 de la Convención, los Estados Partes **deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los**

derechos reconocidos por ella. En este contexto, resulta imperativo que los Estados contemplen en su legislación interna un procedimiento para la aplicación judicial de ciertas medidas dispuestas para *garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes*. En nuestro país, aquél procedimiento está regulado en Código de los Niños y Adolescentes (CNA).

Reafirmando que los derechos del niño requieren una protección especial y que, para ello, es necesario seguir mejorando la situación de los niños sin distinción y procurar que éstos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad,

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño constituye el instrumento internacional que establece *deberes jurídicamente vinculantes* para los Estados Partes, que asumen el compromiso de *asegurar a todos los niños los derechos y principios que ella establece*. En este sentido, la Convención busca desarrollar y dotar de eficacia jurídica a la Declaración de los Derechos del Niño.

Teniendo en cuenta que el artículo 55° de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC estableció que (...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los

órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (resaltado agregado).

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

En cuanto al contenido del aludido artículo 4º de la Norma Fundamental, específicamente en el extremo referido a la protección de la infancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido: Que, dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio "Dignidad de la Persona", a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado

proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto [Exp. N° 0298-1996-AA/TC].

De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

5.5. La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como parte del bloque de constitucionalidad

El Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el Expediente como parte del bloque de constitucionalidad (EXP. N° 02079-2009-PHC/TC del 09 de setiembre del 2010), en la cual ha señalado:

La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: “el interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño.

La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del **bloque de constitucionalidad** conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas [Cfr. 3330-2004-AA/TC, caso *Ludesminio Loja Mori*].

Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al

niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son *niñas* (Fundamento 1).

En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el Expediente N° 06165-2005-HC/TC (Fundamento 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:

“La tutela que ha sido prevista en es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda. Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos” (énfasis agregado).

En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés

superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos de los menores de catorce años de edad, materia de la controversia constitucional que nos ocupa.

Se encuentra en clara contradicción con los Principio y derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación en todo sentido, si es además el Estado el encargado de aplicar las medidas de protección; teniendo en consideración que los procesos que versan sobre derechos de niños y adolescentes deben tratarse como problemas humanos. En el caso de niños y adolescentes menores de catorce años de edad, sus padres, tutores, representantes legales deben considerar el Interés Superior del niño (a) adolescente involucrado en infracción a la ley penal, de modo tal que se evite la revictimización, debiendo actuar inmediatamente a su favor, aplicando medidas adecuadas a su desarrollo, a su bienestar, a prevenir verse involucrado nuevamente en actos contra la ley penal; evitando la discriminación, propendiendo la igualdad ante la ley, contribuyendo en su formación, en su proyecto de vida

Por su parte, en el EXP. N° 01817-2009-PHC/TC

5.5.1. El principio del interés superior del niño

En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹¹⁶.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y

116 CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 56.

servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Subrayado nuestro).

En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños”.

Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”

Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños , así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bien estar y dignidad. En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del

niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte IDH, es preciso “ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”¹¹⁷.

5.5.2. El interés superior del niño y su prevalencia en el proceso.

El Tribunal Constitucional exhortó a los jueces a tener en cuenta el principio del interés superior del niño al resolver los juicios de alimentos, si se presenta un hecho no previsto en el Código de los Niños y Adolescentes. El TC emitió esta disposición al resolver una acción de Amparo contra una sentencia de la juez de Familia de Barranca, Patricia Maura De La Cruz, quien decidió concluir y archivar el proceso de alimentos porque la demandante demoró dos minutos en llegar a la sesión. La tardanza a una audiencia no está prevista en el Código del Niño, pero sí en el Código Civil y se sanciona con el archivo del proceso, que es lo que la jueza hizo sin importarle la situación del niño.

117 Ibídem, párr. 61.

El TC establece que ningún juez debe hacer eso, que el interés del niño es más importante que cualquier procedimiento judicial. La demora fue por enfermedad de la hermana del menor.

5.5.3. El Interés Superior¹¹⁸

Es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos del niño, niña y adolescente, los cuales son universales, prevalentes e interdependiente.

Como ya se mencionó anteriormente uno de los pilares fundamentales de la doctrina de Protección integral es el Principio del Interés Superior del Niño, principio que se consagra en la Convención de Derechos del Niño en su Artículo 3 inciso 1. El Perú, país signatario de la Convención (bajo el llamado precepto de conectividad y coherencia entre el derecho interno y el internacional) establece la regulación a este principio en el Código del Niño y Adolescente en el Artículo IX del Título Preliminar. Pero siendo este el precepto más utilizado resulta inverosímil que sea el menos comprendido en su total dimensión. Siempre se hace referencia al mismo, pero en la aplicación se desconoce su naturaleza tutelar (la misma que conlleva al mejor tratamiento del niño de acuerdo a sus circunstancias) aplicándose lo que está al mejor parecer de quien decide el futuro de un niño.

La consideración primordial de los actores de justicia hacia el niño y el adolescente debe centrarse en comprender que el mismo es un ser especialísimo al que es necesario vigilar y proteger. Es dentro del marco de este cuidado que se construye el principio del interés superior del niño, que es considerado según la doctrina como “un conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad, que buscan su mayor bienestar¹¹⁹”. Ese es el deber moral que toda sociedad en su conjunto debe

118 Sarmiento Santander Gloria. Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes. Fiscalía General de la Nación, 2007. Bogotá Colombia. Diciembre 2008, pág. 28.

119 BAEZA, Concha Gloria: El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, Revista Chilena de Derecho- Universidad Católica de Chile – 2001.

asumir hacia los niños, es dicha obligación que se convierte en principio; es decir, la categoría moral se eleva a la categoría de norma jurídica para lograr mayor eficiencia y seguridad en la protección del menor.

Esta implicación del deber que privilegia a los niños conlleva una mayor responsabilidad cuando se trata de menores privados de su libertad, en el entendimiento de que no juzga la actitud del menor, sino que se establece una solución terapéutica para que se convierta en un ciudadano útil en la sociedad.

Este principio es un instrumento jurídico que asegura el bienestar del niño y funda de obligaciones al Estado, bajo este criterio, al momento de tomar una decisión socioeducativa con respecto a un niño, el interés superior representa una garantía a largo plazo para ser tenido en cuenta¹²⁰. Además de aglutinar múltiples factores, establece la obligatoriedad a diversos agentes tales como familia, Estado y sociedad instándolos a adoptar medidas efectivas para su cumplimiento.

Cabe señalar que el Interés superior del niño “...implica entre otras consideraciones que el análisis de cada caso se realice de forma individualizada porque cada niño, niña y adolescente tiene necesidades diferentes, permitiendo escuchar la opinión del niño de conformidad con el nivel de desarrollo de su personalidad, así como la opinión de sus padres o familiares más cercanos dentro de los procedimientos y procesos relativos a la justicia penal juvenil.”¹²¹

Para la Corte Constitucional este concepto del interés superior consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica”¹²². Para el niño, basada en el carácter prevalente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a ese rasgo “que lo proteja de manera especial,

¹²⁰ ZERMATTEN, Jean: “El interés superior del Niño, Del análisis literal al Alcance Filosófico”- www.Childrights -2003.

¹²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Relatoría sobre los Derechos a la Niñez – OEA – Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas – Julio 2011.

¹²² Corte Constitucional. Sentencias T-514/98, T-510/00, C-203/05, SU-256/99, T-408/95, T-556/98, T-182/99.

que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”¹²³.

En consecuencia, las autoridades al aplicar la ley al caso concreto cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar el interés superior de los niños y cuál es la solución que mejor satisface ese interés, “lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección - deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos¹²⁴”.

En síntesis, el interés superior no constituye una directriz vaga e indeterminada. Se trata de una concepción jurídica precisa que en la CIDN es estructural, que se convierte en principio rector y, por ende, de orden imperativo y no simplemente inspirador en las decisiones de las autoridades. Esto, con un objeto jurídico específico, como es asegurar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos del niño, niña y adolescente, reconocidos de manera explícita, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes.

El interés superior del niño es un principio jurídico garantista, ya que toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos, dentro de los márgenes del derecho de la infancia y adolescencia, que permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones bajo la concepción de integralidad de los derechos, para asegurar la debida protección a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. En segundo lugar, permite resolver conflictos entre derechos en la medida que impone la ponderación de los que se encuentran en disputa para determinar la primacía de uno sobre

123 Corte Constitucional. Sentencia T-591/99

124 Corte Constitucional. Sentencia T-397/04

otro, y garantizar una solución que se ajuste a las circunstancias particulares del caso concreto.

Lo anterior equivale a decir que una correcta aplicación del principio del interés superior, en especial en sede judicial, exige, de una parte, un análisis conjunto de los derechos afectados y los que se puedan afectar con la decisión de la autoridad, y, de otra, tomar siempre una medida que asegure la máxima satisfacción posible de los derechos y la menor restricción posible de los mismos, en consideración a su importancia relativa¹²⁵.

5.5.4. El principio del interés superior del niño: Conforme la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándar Interamericano

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha determinado que “...cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”¹²⁶.

La Corte IDH ha remarcado que los derechos e interés del niño tienen prevalencia frente a los intereses y derechos de terceros. Así, mencionamos “...la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiere a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable...”¹²⁷.

125 CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia Ley y Democracia. El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Pág. 83

126 Caso Bulacio contra Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de septiembre de 2003. Serie C. N° 100. Fundamento 134.

127 Caso de las Niñas Yean y Bosico contra la República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de septiembre

CAPÍTULO VI

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

6.1. Perspectiva de La Justicia Restaurativa

6.1.1. Origen y Definiciones

Los orígenes del movimiento de justicia restaurativa no han sido claramente establecidos, sin embargo, en la literatura¹²⁸ existe cierto consenso que en comunidades indígenas de países como Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, y también en comunidades andinas se practicaban formas tradicionales de justicia en las que es posible identificar ciertos elementos que son constitutivos de los actuales sistemas y prácticas restaurativas. Así, se consideraba que el delito era un daño que se hacía a la víctima y a la comunidad y la forma de resolver el conflicto pasa por involucrar activamente al ofensor, víctima y comunidad en un proceso que permita restablecer la armonía social.

En el contexto moderno, se dice que la justicia restaurativa renació en la década de los 70 materializada en el proceso de mediación entre víctimas y ofensores. Comúnmente se identifica el primer experimento moderno de mediación efectuado en Ontario, Canadá en 1974 donde el oficial Mark Yantzi frustrado con el usual proceso para tratar a los delincuentes, decide innovar y le pide al juez que lo autorice a mediar entre dos

de 2005. Serie C, N° 130. Fundamento 134. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de julio de 2004. Serie C, N° 110. Fundamento 162. Caso Bulacio contra Argentina. Ob. Cit. Fundamento 133. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/02. 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17. Fundamentos 56, 57 y 60. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales) contra Guatemala. Fondo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63. Fundamento 146.

¹²⁸ Wachtel, T. (2013), Zehr, H. (2002), Johnstone, G. (2002), Domingo, V. (2008) entre otros. En: Manual de Herramientas en Prácticas y Justicia Restaurativa. Observatorio internacional de Justicia Juvenil. Autor: Osvaldo Vázquez Rossoni. Equipo consultor de apoyo: Miguel Cillero Bruñol y Estefanía Simonetti Valdes Abril, 2015. Pág. 9.

delinquentes y las víctimas. Como consecuencia de este proceso, se obtiene un exitoso resultado restaurativo que dicta precedente para futuras intervenciones de ese tipo.

En el ámbito de justicia juvenil, el movimiento de justicia restaurativa comienza a desarrollarse con fuerza hacia la década de los 90. Buscando constituirse como una voz alternativa a la justicia punitiva o retributiva que no ha demostrado resultados positivos, en paralelo al cambio de paradigma de una justicia tutelar a uno de la responsabilidad.

Algunos países empezaron a implementar reformas en sus sistemas legales introduciendo prácticas restaurativas. El caso más característico de incorporación de elementos restaurativos basados en comunidades indígenas es el modelo de las Conferencias Familiares propio de las comunidades Maorí de Nueva Zelanda. En 1989 se reformó de manera radical el sistema de justicia juvenil introduciendo un nuevo sistema que buscaba superar las dicotomías del modelo de bienestar y de justicia, haciendo responsable al adolescente, pero a la vez entregándole la consideración necesaria a sus necesidades.¹²⁹

Actualmente, en ciertos países europeos como Austria, Alemania, Irlanda del Norte e Inglaterra - entre otros- la conciliación víctima-ofensor y el servicio comunitario han alcanzado gran importancia entre las prácticas de sanción a adolescentes.¹³⁰

6.1.2. Justicia restaurativa

Existe una multiplicidad de definiciones del concepto de justicia restaurativa, aún no se ha llegado a un consenso respecto de si se trata de un enfoque, un proceso, un programa, o una metodología, lo que en parte se refleja en que no existe una única forma de llamarla, justicia restaurativa, restauradora, reparadora, entre otras.

¹²⁹ Mera, A. (2009). Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades. Revista Ius et Praxis, Año 15, Número 2.

¹³⁰ Dünkler, Frieder. (2008) El futuro de la justicia juvenil – perspectivas europeas. En Justicia y Derechos del Niño N°10. Unicef. Bogotá- Colombia.

Sin prejuicio de lo anterior, existe una definición que ha sido mayormente utilizada en la comunidad internacional, la de Tony Marshall quien la define como “un proceso a través del cual todas las partes involucradas en un determinado delito participan para resolver de manera colectiva un modo para lidiar con las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”.¹³¹

Una aproximación más amplia al concepto es la que propone Howard Zehr, quien entiende la justicia restaurativa más bien como un marco alternativo desde el cual pensar el delito, al mismo tiempo que un proceso para responder a él.¹³² Zehr define la justicia restaurativa como “un proceso que busca involucrar en la medida de lo posible, a aquellas partes implicadas en un determinado delito para que, de manera colectiva identifiquen y aborden los daños, necesidades y obligaciones que éste conlleva a fin de sanar y ordenar las cosas de la mejor manera posible”¹³³. En su afán por orientar la mirada del delito usando el “lente de la justicia restaurativa” este autor identifica ciertas preguntas claves:

1. ¿Quién (o quienes) ha sido dañado?
2. ¿Qué es lo que necesita?
3. ¿De quién es la obligación de otorgarle lo que necesita?
4. ¿Por qué motivo sucedió esta situación?
5. ¿Quién está involucrado en esta situación?
6. ¿Cuál es el proceso adecuado para hacer que las partes involucradas participen esforzándose por volver a poner las cosas en orden y prevenir que este hecho vuelva a ocurrir?

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas se refiere a la justicia restaurativa desde una perspectiva más bien práctica, la considera como “una metodología para solucionar problemas que involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las

¹³¹ Marshall, T. (1999). Restorative Justice: An Overview. London: Home Office Research Development and Statistics Directorate Traducción propia. Pág. 5. En: Manual de Herramientas en Prácticas y Justicia Restaurativa. Ob. Cit. Pág. 10.

¹³² Zehr, H. (2002). The Little Book of Restorative Justice. Good Books, Intercourse. Traducción propia Pág. 5. En: Manual de Herramientas en Prácticas y Justicia Restaurativa. Ob. Cit. Pág. 10.

¹³³ Ibid, Traducción propia Pág. 40.

instituciones judiciales y la comunidad. Es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la comprensión del daño a las víctimas haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones”¹³⁴. Ésta definición fue acuñada en la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 2002, instancia en la que además se plasmó la declaración de los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal¹³⁵:

1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.
2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.
3. Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.
4. Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

¹³⁴ Organización de Naciones Unidas (2006). Manual sobre programas de justicia restaurativa. Oficina Contra la Droga y el Delito. Viena. Pág. 6

¹³⁵ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2002). Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal. Pág. 59

5. Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

Por otro lado, un acercamiento más amplio al concepto es el que propone Ted Wachtel presidente del International Institute for Restorative Practices (IIRP) quien habla de prácticas restaurativas definidas como “una ciencia social que estudia cómo generar capital social y alcanzar una disciplina social a través de un aprendizaje y toma de decisiones participativas”¹³⁶. Estas prácticas responden a procesos formales e informales que anteceden a las conductas indebidas, los mismos que forjan proactivamente relaciones y crean un sentido de comunidad para evitar los conflictos. El uso de las prácticas restaurativas ayuda a: reducir el crimen, la violencia y el hostigamiento escolar (bullying), mejorar la conducta humana, fortalecer a la sociedad civil, proporcionar un liderazgo efectivo, restaurar relaciones y reparar el daño.

Para Wachtel, la justicia restaurativa es concebida como un subgrupo entre las prácticas restaurativas que tiene un carácter más bien reactivo, es decir, que responde de manera formal o informal al delito o a conductas indebidas una vez que estas ocurren. En el siguiente apartado se mencionan algunas prácticas restaurativas que pueden utilizarse en variados contextos, entre ellos el contexto judicial.

Otra forma de acercarse al concepto de justicia restaurativa es observarlo en oposición al de justicia retributiva o punitiva (ver Figura 1). La justicia restaurativa se caracteriza en primer lugar, por ver el acto delictual omnicomprendivamente: en lugar de limitar a comprender el delito como quebrantamiento de una ley, reconoce, también, que el ofensor hace daño a la víctima, a la comunidad y a sí mismo. Por otro lado, en el proceso restaurativo promueve el involucramiento de las partes: en lugar de considerar únicamente al Estado y al ofensor en los roles principales, invita a la víctima y a la comunidad a participar en la resolución del conflicto; además, mide el éxito de una manera diferente: en

¹³⁶ Wachtel, T. (2013). *Definiendo que es restaurativo*. International Institute for Restorative Practices. Recuperado el 24/07/2015 de <http://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>

lugar de medir sólo cuanto castigo se ha aplicado, mide también cuanto más daño ha sido reparado o prevenido. Finalmente, en lugar de dejar el problema de la delincuencia únicamente en manos del Estado, reconoce la importancia del involucramiento de la comunidad y su iniciativa por reducir la delincuencia.¹³⁷

La justicia restaurativa representa entonces un proceso no-adversarial y voluntario basado en el diálogo, negociación y resolución de problemas. Bajo este enfoque, los jóvenes infractores no son entendidos como amenazas al orden social sino, como miembros de una comunidad que asume responsabilidad por ellos al mismo tiempo que ellos asumen responsabilidad por lo que han cometido, es decir, se reconoce que en el fenómeno delictual concurre una corresponsabilidad de carácter colectivo. El objetivo es reparar el daño causado por el delito además de reducir la probabilidad de un daño futuro, ello a través de la promoción de que los jóvenes ofensores tomen responsabilidad de sus acciones y sus consecuencias reparando el daño causado a la víctima y promoviendo la reintegración de ambos a la comunidad de modo de fortalecer y restaurar los vínculos sociales afectados por el delito.

6.1.3. Modelos Retributivo y Restaurativo.

MODELO RETRIBUTIVO / PUNITIVO

El delito es la infracción a la norma penal del Estado.

Se centra en la culpabilidad, mirando al pasado.

Se reconoce una relación de adversarios en un proceso normativo legal.

El castigo es la consecuencia natural que también conlleva o pretende la

MODELO RESTAURATIVO

El delito es la acción que causa daño a personas y comunidades.

Se centra en la solución del problema, en responsabilidad y obligaciones mirando al futuro.

Se establece un diálogo para definir una sanción o medida restaurativa.

La solución del conflicto está en la reparación como un medio de restaurar a

¹³⁷ Van Ness, D y Heetderks, K. (2010). Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice. Lexis Nexis Group. Traducción propia. Pág. 58.

prevención en general y especial.	la víctima, ofensor y comunidad.
El delito se percibe como un conflicto entre el ofensor y el Estado. Se menosprecia su dimensión interpersonal y conflictiva.	El delito se reconoce como un conflicto interpersonal, desarrollado en un contexto determinado.
El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa causando un daño al ofensor.	Se pretende lograr la restauración del daño individual y colectivo.
Se margina a la comunidad y a las víctimas y se ubica abstractamente en el Estado.	La comunidad opera como catalizadora del proceso restaurativo y la víctima tiene plena participación según su voluntad y derechos.
La sanción es la reacción del Estado contra el ofensor. El ofensor permanece pasivo	Se reconoce el papel de la víctima y el ofensor en el delito y su solución
El delito se define al tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones sociales, económicas, políticas	El delito se entiende en todo su contexto
El estigma del delito es imborrable	El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora
La justicia está exclusivamente en manos de los profesionales del sistema de justicia	La respuesta al delito se crea desde los mismos protagonistas del conflicto.

Figura 1. Cuadro comparativo entre Modelos Retributivo y Restaurativo (Beristain 2009)

Para finalizar con esta sección de definiciones conceptuales, se plantea una aclaración de los conceptos de justicia restaurativa y de prácticas restaurativas que serán utilizados en este Manual.

En palabras de Jean Schmitz del Instituto Latinoamericano de Prácticas Restaurativas (ILARP)¹²: *“el concepto de prácticas restaurativas incluye el uso de procesos informales y formales que anteceden a las conductas indebidas, las cuales forjan proactivamente relaciones y crean un sentido de comunidad para evitar el conflicto y las*

conductas indebidas”. Cabe señalar que las prácticas restaurativas son versátiles, es decir que “*pueden usarse de manera proactiva para desarrollar relaciones y generar comunidad; o, de manera reactiva, para responder a las conductas indebidas, a los conflictos y problemas.*” Por su parte, la justicia restaurativa “*proporciona una prevención terciaria, que se aplica después de que el problema ha ocurrido, con la intención de evitar la recurrencia*”.

Siguiendo lo anterior y para efectos de este manual, se entenderá por práctica, proceso o pro-grama con enfoque restaurativo todas aquellas acciones más amplias que buscan promover el bienestar de las personas de una comunidad, y que en caso de conflicto, generan respuestas respetuosas de la dignidad y derechos humanos de las personas involucradas. Un ejemplo de esto es la mediación en conflicto escolar. Por justicia restaurativa en cambio, se entenderá todas aquellas acciones inspiradas en los principios restaurativos que se dan el marco del con-texto penal, ya sea en una salida alternativa en el marco del procedimiento -principio de oportunidad, suspensión condicional- como en la imposición y ejecución de una sanción, como los Servicios en Beneficio de la Comunidad. Tanto las salidas alternativas como los Servicios en Beneficio de la Comunidad no son exclusivamente instrumentos restaurativos, es decir pueden utilizarse en base a otros fundamentos, pero serán parte de la Justicia Restaurativa en la medida que se orienten al cumplimiento de sus requisitos de procedencia (por ejemplo, voluntad de las partes) y de sus fines de protección y restauración de la víctima y la comunidad.

6.2. Aplicación.

Realizada la aclaración conceptual, a continuación se plantean las posibilidades de *aplicación de la justicia restaurativa*. Algunas de las prácticas de justicia restaurativa son la mediación víctima-ofensor, las conferencias o reuniones, los círculos de discusión, la prestación a la víctima mediante una actividad con sentido responsabilizador y la compensación económica proporcional a las posibilidades del adolescente y su familia. De

estas prácticas se destacan cuatro por ser las más antiguas y ampliamente practicadas¹³⁸ : Mediación Víctima-Ofensor, Conferencias grupales, Círculos y Mesas de reparación.

- ***Mediación Víctima Ofensor*** (VOM) usualmente involucra a la víctima y al ofensor en directa mediación con uno o dos mediadores como facilitadores del proceso. Ocasionalmente el dialogo se desarrolla mediante una tercera persona en caso de que las partes quieran evitar el cara a cara.
- ***Conferencias o Reuniones Grupales***, conocidas como conferencias de grupos familiares, comunitarios o restaurativos, involucra a personas que apoyan a las víctimas y ofensores además de integrantes de la comunidad. Algunas de estas conferencias se basan en guiones mientras que otras usan una estructura libre.
- ***Círculos de paz***, círculos de justicia restaurativa o reparación del daño, o círculos de sentencia. El número y tipo de participantes son similares a los que se reúnen en Conferencias, aunque en ocasiones se amplía el número de miembros de la comunidad ya sea como partes interesadas o como facilitadores. El proceso involucra un objeto que va circulando y que sirve para designar quien debe hablar.
- ***Mesas de Reparación***, ente otros programas basados en la comunidad, que invitan a la víctima y al ofensor a crear un acuerdo apropiado en respuesta al delito.

Resulta importante notar que en su aplicación en el ámbito de la justicia juvenil, las prácticas de justicia restaurativa pueden ser implementadas en cualquier etapa del procedimiento penal: desde el momento en que el joven es detenido, en la preparación al juicio, en el juicio mismo e incluso mientras cumple su sanción en un contexto de privación de libertad.

¹³⁸ Umbreit, M, Vos, B. y Coates, R. (2006). *Restorative Justice Dialogue, evidence based practices*

En cuanto al alcance que tienen estas prácticas de justicia restaurativa, mediante el siguiente esquema Ted Wachtel busca clasificarlas según su grado de acercamiento a una práctica completamente restaurativa.

6.3. Tipología de la Justicia Restaurativa.

Este esquema plantea las tres partes interesadas primarias en la justicia restaurativa a saber: las víctimas, los agresores y sus comunidades afectivas, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y lograr la reconciliación. El grado en que estas partes se involucren determinará el grado en que la práctica se acerquen a ser completamente restaurativas. Cuando las prácticas de justicia penal incluyen a las tres partes inter-actuando activamente a través de intercambios emocionales significativos, solo entonces el proceso puede ser calificado como ‘completamente restaurativo’. Si se incluye a dos de las partes interesadas como es el caso de la mediación víctima-ofensor pero se deja de lado la comunidad, se le califica como ‘mayormente restaurativo’, mientras que si las prácticas involucran solo a un grupo, por ejemplo el resarcimiento económico a la víctima por parte del Estado, el proceso se califica como ‘parcialmente restaurativo’.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de las prácticas o programas con enfoque restaurativo, al buscar éstos la promoción de relaciones respetuosas dentro de la comunidad, resultan viables de aplicar en una variedad de situaciones y contextos sociales entre las que destacan el ambiente escolar, laboral, y comunitario.

Para profundizar en el concepto de prácticas restaurativas ampliamente, Wachtel plantea dos modelos conceptuales¹³⁹: la Ventana de la Disciplina Social y el Espectro de Prácticas Restaurativas.

¹³⁹ Wachtel, T. (2013). Definiendo que es restaurativo. International Institute for Restorative Practices

6.4. Ventana de Disciplina Social.

Es un esquema que describe cuatro enfoques básicos para mantener las normas sociales que combinan niveles altos o bajos de “control” -entendido como la imposición de limitaciones o influencia sobre otros- y el “apoyo” como el estimular y enseñar a otros. El enfoque restaurativo combina un nivel de control alto con un nivel de apoyo alto y se caracteriza por hacer las cosas “con” las personas a diferencia de los demás enfoques. La Ventana de disciplina social es una herramienta aplicable en variados ámbitos, entre ellos para profesores en el aula, para padres de familia, gerentes en las organizaciones y comunidades.

6.4.1. Beneficios de la justicia restaurativa.

Las prácticas de justicia restaurativa promueven la solución de conflictos de manera participativa, la responsabilización de los actos por parte del ofensor y la reparación del daño a la víctima. Estos procesos restaurativos resultan en varias dimensiones más beneficiosos que los procesos de justicia penal retributiva donde la intención principal es castigar por el delito cometido. A continuación se plantean los principales beneficios de la justicia restaurativa en relación a los tres actores primarios involucrados: víctima, ofensor y comunidad.

La Organización de Naciones Unidas en su documento de Promoción de la Justicia Restaurativa para adolescentes¹⁴⁰ aborda los beneficios desde una perspectiva general y amplia.

A) Beneficios para el joven agresor

- Asumir la responsabilidad y cambio de comportamiento.

Programas de justicia restaurativa han mostrado tener importantes resultados a la hora de reducir los efectos adversos de la conducta antisocial. Jóvenes

¹⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas (2013). Promoting Restorative Justice for children. Special Representative of the Secretary-General on Violence Against Children. Nueva York. Traducción propia. Capítulo. 4

que participaron en esos programas muestran una disminución significativa en la tasa de reincidencia en comparación con otros grupos en prisión, mayor probabilidad de mantenerse alejados de la violencia pandillera y por lo tanto lejos de ser víctimas de violencia armada por parte de esos grupos, además de presentar una menor tendencia a la violencia en general.

La dimensión participativa de la justicia restaurativa proporciona a los jóvenes la oportunidad de entender plenamente la magnitud del daño ocasionado y ser parte de una respuesta constructiva.

La dimensión participativa de la justicia restaurativa proporciona a los jóvenes la oportunidad de entender plenamente la magnitud del daño ocasionado y ser parte de una respuesta constructiva.

- Sentirse respetado y escuchado durante el proceso de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa se basa en el requerimiento de que el joven delincuente y la víctima acuerden participar de un proceso restaurativo donde cada uno sea tratado con respeto para expresarse, ser escuchado y entendido y juntos desarrollar una solución al conflicto. La evidencia internacional indica que estos procesos restaurativos generan resultados muy positivos en términos del sentido de justicia y equidad para el joven infractor, además de sentirse libre de expresarse a su manera en un ambiente cómodo y seguro rodeado de una red de apoyo con sus padres y facilitador del caso.

- Evitar los efectos negativos de la privación de libertad.

Los procesos de justicia restaurativa permiten guiar la delincuencia juvenil y hacer rendir cuenta de sus acciones al joven infractor al mismo tiempo que se les protege de los efectos nocivos de la privación de libertad que han sido ampliamente documentados.

- Libre de estigma.

Se ha demostrado que el hecho de que una persona esté involucrada en el sistema de justicia implica el mismo estigma social que provoca la delincuencia. El estigma asociado al sistema retributivo es imborrable para el joven, ocasionándole consecuencias que van desde socavar su autovaloración hasta la dificultad de obtener empleo. Muy por el contrario, en el proceso restaurativo basado en el arrepentimiento y el perdón, ese estigma puede borrarse gracias a las medidas alternativas o de diversión.

B) Beneficios para la víctima

Los procesos de justicia restaurativa se caracterizan por un mayor involucramiento de la víctima contrario a lo que ocurre en los procesos de justicia convencional, donde solo intervienen el Estado y el joven infractor. La evidencia internacional sugiere que las víctimas indican sistemáticamente que su visión es más respetada en procesos de mediación que en aquellos impuestos por el juez, además de que resulta más probable recibir una disculpa por parte del delincuente.

C) Beneficios para la sociedad

El costo de que un adolescente cometa un acto delictual es bastante alto no solo para su persona sino también para la sociedad en su conjunto. Por un lado están los costos directos y medibles asociados al procesamiento judicial y privación de libertad del joven. Existe una importante diferencia en el costo monetario para el Estado entre la institucionalización versus programas justicia restaurativa basados en la comunidad: la internación implica un costo de hasta doce veces más por persona¹⁴¹.

Por otro lado, están los costos indirectos y más difíciles de medir como la pérdida del joven en una vida de delincuencia y los efectos que ello conlleva sobre el tejido social. Más aún, reducir la reincidencia conlleva

¹⁴¹ Organización de las Naciones Unidas (2006). *World Report on Violence Against Children*. Pág. 206. Rescatado el 26/07/2015 desde <http://www.unicef.org/violencestudy/reports.html>

beneficios secundarios mediante la reducción de costos futuros asociados a la delincuencia. Algunos estudios²⁰ demuestran que los jóvenes que participan de programas de justicia restaurativa tienen mayor probabilidad de retomar su educación y con ello aumentar la probabilidad de ser miembros productivos de la sociedad.

Siguiendo esta misma línea, el autor Guy Masters plantea que el enfoque restaurativo genera múltiples beneficios. A su parecer, los principales son la consideración del proceso restaurativo como más justo y humano, la reducción del miedo al crimen que pueden tener las víctimas y la disminución de la reincidencia¹⁴²

PARA EL INFRACTOR

- Reconocer su responsabilidad y hacerse cargo de lo que ha hecho escuchando y admitiendo el daño causado a la víctima.
- Mostrarse desde una perspectiva más positiva al contestar a las preguntas, pidiendo perdón y realizando acciones para reparar el daño.

PARA LA VÍCTIMA

- La necesidad de información sobre lo que está ocurriendo en su caso.
- La posibilidad de beneficiarse de que alguien (el mediador) escuche con una actitud positiva su experiencia.
- La oportunidad de que le respondan a preguntas sobre por qué el hecho delictivo ocurrió (responder ¿por qué a mí).
- La oportunidad de decirle al infractor(es) cómo se sintió afectado.
- La oportunidad de pedirle al infractor compensación o reparación de algún tipo.
- La oportunidad de recibir una disculpa y ver como el infractor se siente arrepentido.
- La oportunidad de ayudar al infractor.
- La posibilidad de enfrentarse con los infractores en igualdad de condiciones

¹⁴² Masters, G. *Reflexiones Sobre El Desarrollo Internacional De La Justicia Restaurativa*. Revista de Derechos del Niño N° 1 Universidad Diego Portales. 2002. Pág. 229

PARA AMBOS: VÍCTIMA E INFRACTOR

- La oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones de su caso

6.5. Normativa Internacional.

La normativa internacional en materia de justicia restaurativa ha alcanzado un desarrollo bastante acabado. El aporte basal fue otorgado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en 1989 que promovió el cambio de mentalidad mundial acerca del respeto y protección de los derechos del niño. A partir de esa instancia se definieron los estándares de protección de los derechos de los adolescentes que tienen conflicto con la ley. En su artículo 40 sostiene que “aquellos niños que hayan infringido las leyes, sean acusados o declarados culpables, deben ser tratados de manera en que se fomente su dignidad, respetando los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros”. Además sostiene que se debe tener en cuenta la edad del niño y promover su reintegración y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Por otro lado, la Convención incita a los Estados Partes a establecer un sistema de justicia especializado para adolescentes (Art 3) e indica una serie de disposiciones que aseguren que los niños serán tratados de manera apropiada y proporcional a las circunstancias y al delito cometido (Art 4).

Estos importantes lineamientos han sido complementados por otros instrumentos normativos internacionales entre los que se destacan las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de adolescentes ("Reglas de Beijing"), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los adolescentes privados de libertad ("Reglas de La Habana") y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil ("Directrices de Riad"). Adicional al relevante aporte de estos documentos, en el contexto regional latinoamericano se han desarrollado otros importantes instrumentos como fruto de encuentros en la materia. Entre ellos se destacan la Declaración de Costa Rica sobre la justicia restaurativa en América Latina en 2005 y la Declaración de

Lima como fruto del Primer Congreso de Justicia Juvenil Restaurativa que se llevó a cabo en Perú el año 2009.

Especial importancia recae en la Observación General Número 10 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (2007) que busca ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones con respecto al contenido de la política general de justicia adolescente con énfasis en la prevención de la delincuencia juvenil y la adopción de medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales. Los principios plasma-dos en ese documento se detallan en la siguiente sección.

6.6. Principios de la Justicia restaurativa

La base de los principios en los que se apoya la normativa internacional para la elaboración del concepto de justicia restaurativa son los expuestos en la Convención internacional de Derechos del Niño de 1989. Tal como se indicó anteriormente, aquellos niños que se le acuse o declare culpable de haber infringido las leyes deben ser tratados dignamente promoviendo su reintegración y asumiendo una función constructiva en la sociedad. Dado este fin, los Estados Partes deberán regirse por los siguientes principios detallados en el artículo 40:

- a) “Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”
- b) “Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y

que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

- Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerara que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
- Que no será obligado aprestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el inter-roatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- Si se considerara que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.
- En ese marco de garantías generales de la Justicia penal, la Convención abre un espacio específico para la justicia restaurativa: “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (Art. 40.3.b)
- Esta norma, define la posibilidad de recurrir a la justicia restaurativa como una alternativa a los procesos penales judiciales, pero establece como requisito la estricta observancia del respeto a los derechos humanos y las garantías legales establecidas en el propio artículo 40 de la Convención.

Esta norma debe también permitir interpretar la Regla 12 de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), que permite directamente la remisión de casos y la diversificación a través de las actuaciones del Fiscalía y la Policía, marco de actuación que en muchos casos incorpora prácticas restaurativas.

La Observación General Número 10 de la Convención de Derechos del Niño resulta clave a la hora de recordar los principios básicos en la que debe basarse una política general de justicia de adolescentes¹⁴³. El foco principal es el de reemplazar el tradicional sistema de justicia penal castigador y represivo por un sistema de justicia restaurativo y rehabilitador. Algunos puntos fundamentales son los siguientes:

1. No discriminación (Art. 2): se debe garantizar la igualdad de trato de todos los niños que se encuentren en conflicto con la justicia con especial atención a las disparidades de hecho, que pueden afectar a grupos vulnerables en particular niños de la calle, pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, niños con discapacidad y niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). Muchos de estos niños también son víctimas de discriminación cuando por ejemplo tratan de acceder a trabajo o educación, por lo que es necesario adoptar medidas para prevenir esta situación.
2. El interés superior del niño (Art. 3). Consideración especial la existencia de un sistema separado de justicia de adolescentes y hacen necesario dar un trato diferente a los niños.
3. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restaurativa cuando se trate de adolescentes delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.
4. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Art. 6) Estos derechos intrínsecos de todo niño deben ser la base de programas nacionales eficaces en prevención de la delincuencia juvenil. La delincuencia tiene un importante efecto negativo sobre el desarrollo del niño, y más aún la privación de libertad -incluidas la detención, encarcelamiento o la prisión- las que deben ser utilizadas tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve posible.

¹⁴³ Organización de Naciones Unidas. (2007). Observación General Número 10 a la Convención de Derechos del Niño.

5. El respeto a la opinión del niño (Art.12) Se deberá respetar y hacer plenamente efectivo el derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten en cada etapa del proceso justicia. El comité observa que la voz de los jóvenes está siendo cada vez más una poderosa herramienta para su mejora y para el goce de sus derechos.
6. Dignidad (Art, 40) Conjunto de principios fundamentales relativos al trato de los niños que tienen conflictos con la justicia:
 - Un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño. Inspirado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, este derecho debe respetarse y protegerse durante todo el proceso de la justicia de adolescentes, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas.
 - Un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros. Este principio está en armonía con la consideración que el trato y la educación de los niños debe orientarse a fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades de terceros. Se requiere el pleno respeto y la aplicación de las garantías de un juicio justo, que los principales agentes de la justicia de adolescentes, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, busquen no solo respetar sino protegen esas garantías de manera que sirvan de ejemplo para el niño.
 - Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. Este principio se debe aplicar, durante todo el proceso de trato con el niño y todo el personal encargado de la justicia de adolescentes debe tener en cuenta el desarrollo del niño, su crecimiento dinámico y constante, qué es apropiado para su bienestar.
 - Prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia. Los informes recibidos indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de la justicia de adolescentes. Se

insta a los Estados Partes a adoptar medidas eficaces para prevenir esa violencia y velar por que se enjuicie a los autores.

Siguiendo esta línea pero desde una perspectiva más práctica de aplicación de los programas de justicia restaurativa, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas elaboró el documento de Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal¹⁴⁴ que busca establecer parámetros para que los Estados Miembros puedan adoptar estas medidas de justicia restaurativa tanto para el sistema de justicia juvenil como el sistema de adultos, así como también ciertas garantías legales en el contexto de sus propios sistemas normativos internos. Además de proveer las definiciones descritas en el primer punto de este módulo, indica recomendaciones generales entre las cuales se destacan:

- Respecto de la utilización de los programas de justicia restaurativa advierte que puede usarse: en cualquier etapa del sistema de justicia penal, únicamente cuando hay pruebas para inculpar al delincuente y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente pudiendo estos retirarse en cualquier momento del proceso. La participación del delincuente no se usará como prueba para culparlo en procesos judiciales posteriores. Durante el proceso se deben tener en cuenta las diferencias culturales y aquellas conducentes a desigualdad de posiciones entre las partes además de la seguridad de las partes.
- Respecto del desarrollo continuo de programas de justicia restaurativa: indica que los Estados miembros deben formular estrategias y políticas nacionales, promoviendo una cultura de desarrollo y utilización de la justicia restaurativa. Además propone que se realicen consultas periódicas entre las autoridades del sistema de justicia penal y los administradores de los programas de justicia restaurativa para elaborar una visión común y potenciar su eficacia. Por otro lado, los Estados parte deben fomentar, en cooperación con la sociedad civil, la

¹⁴⁴ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (2002). *Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*.

evaluación periódica de los programas de justicia restaurativa y posterior modificación en vías de mejorar su eficacia.

A su vez, indican ciertas salvaguardias básicas para garantizar la equidad para con el delincuente y la víctima, a saber:

- a) Derecho a consulta de un asesor en materia legal y si es necesario un intérprete, además de poder contar con la asistencia de un padre o tutor.
- b) Derecho a la información de la naturaleza del proceso, de las posibles consecuencias de su decisión antes de decidir su participación en procesos restaurativos.
- c) Derecho a decidir no participar, ni la víctima ni el delincuente deben ser coaccionados a participar en procesos restaurativos ni tampoco inducidos a hacerlo por medios desleales.
- d) Confidencialidad de las conversaciones en los procesos restaurativos, no deben revelarse salvo un acuerdo entre las partes o si la legislación así lo indique.
- e) Supervisión y categoría judicial: Los resultados del proceso de justicia restaurativa deberán ser supervisados por un juez e incorporados a las sentencias judiciales teniendo la misma categoría que éstas últimas sin posibilidad de enjuiciamiento.
- f) Ausencia de acuerdo entre las partes el proceso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinaria y no se utilizará en contra del delincuente en ningún proceso judicial posterior.

- g) Incumplimiento de acuerdo deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y en ningún caso deberá usarse como justificación para una condena más severa en procesos judiciales posteriores.
- h) Carácter imparcial de los facilitadores velando por el respeto mutuo de las partes en la búsqueda de una solución pertinente entre sí.
- i) Capacitación de los facilitadores antes de asumir sus funciones de facilitación deberán poseer un buen conocimiento de las culturas y comunidades locales.

Respecto de los principios de justicia restaurativa para el sistema penal le corresponden en su mayoría con los recién expuestos:

- Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de so-meter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
- Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

- El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
- Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velaran porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
- La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

En este contexto, el enfoque de la justicia restaurativa es una opción que permite responder adecuadamente a la infracción adolescente no sólo porque asume principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, sino porque las experiencias desarrolladas en diversos países del mundo y en el Perú, evidencian resultados auspiciosos y prometedores. Además, es necesario realizar cambios y mejoras en cada una de las instituciones del sistema de justicia para asegurar el cumplimiento de sus funciones y orientar su carácter hacia un enfoque restaurativo. Finalmente, para que el sistema de justicia juvenil funcione efectivamente, deben fortalecerse los mecanismos de coordinación y articulación interinstitucional.

CAPÍTULO VII

MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN, A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL

7.1. Preludio.

El concepto de medida de protección figura en el catálogo de las nociones rectoras en el discurso universal sobre niñez y adolescencia. Es trascendental adquirir claridad y precisión cuando de su utilización se trata, ya que, el término ha sido descrito tradicionalmente desde la escuela de la situación irregular y es preciso ahora, identificar la evolución del concepto para adaptarlo a los requerimientos de la protección integral.

“En un primer momento podemos observar la falta de claridad en los planteamientos relativos a los términos de prevención y protección. Indistintamente se señalan acciones para una y otra sin que se logren diferenciar. Igualmente se hace énfasis en la protección como propósito nacional.

Es necesario identificar por un lado los factores de riesgo y las causas que se pretenden prevenir; y de otra parte los resultados de la falta de prevención, que exigen protección, rehabilitación y recuperación.

7.2. Noción de medidas de protección.

En el Informe Defensorial N° 150 se definió¹⁴⁵ a las medidas de protección como las diversas acciones estatales llevadas a cabo mediante órganos especializados, orientadas a compensar carencias materiales y/o afectivas que afecten a los niños, niñas y/o

¹⁴⁵ Ver Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 150. Perú 2010. p. 153.

adolescentes y que han sido generadas por una situación de grave desestructuración o conflicto familiar o por la inexistencia de una familia nuclear o extensa.¹⁴⁶

El objetivo fundamental de estas medidas es revertir la situación de desprotección que atraviesa un niño, niña y/o adolescente, por medio de la restitución de sus derechos fundamentales, en cumplimiento del principio del Interés Superior del Niño.¹⁴⁷

Asimismo, en el Informe Defensorial citado se propuso que las medidas de protección deben ser diseñadas e implementadas desde el reconocimiento de la corresponsabilidad estatal y social establecida en el artículo 4º de la Constitución Política. A su vez, se planteó que dichas medidas deberían incluir servicios de apoyo o asesoría a los integrantes de la familia para evitar que se refuercen las circunstancias que amenacen o vulneren sus derechos, en virtud de lo sostenido por la Doctrina de la Protección Integral, que reconoce al niño, niña y adolescente como sujetos de derechos y, a sabiendas de esta condición, exige la protección de sus derechos, incluso dentro de la propia familia.¹⁴⁸

7.3. Finalidad de la adopción de las medidas de protección en casos de situación de abandono o vulneración de derechos fundamentales

La adopción de medidas de protección requiere un procedimiento que busque garantizar la restitución de los derechos de los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en situación de abandono, principalmente el derecho a vivir en una familia, reconocido por la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional y que debe asegurarse independientemente de la familia a la que se pertenezca y de su configuración.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Defensoría del Pueblo Informe Defensorial N° 153. Perú 2011. Pág. 48.

¹⁴⁷ Este mismo criterio lo comparte Tejeiro, cuando señala que “las medidas de protección concebidas desde la protección integral ante todo deberán estar encaminadas hacia la satisfacción plena del interés superior del niño(a)”. En Tejeiro López, Carlos Enrique: Teoría General de Niñez y Adolescencia. p. 164. Disponible en: <http://www.unicef.org/colombia/pdf/TratadoInfancia2.pdf>. Consulta el 15 de mayo del 2015.

¹⁴⁸ Defensoría del Pueblo Informe Defensorial N° 153. Perú 2011. Pág. 49.

¹⁴⁹ Sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia, revisar el Informe Defensorial N° 150, pp. 100-111.

Al respecto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

*“el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”.*¹⁵⁰

En ese sentido, la finalidad de las medidas de protección no solo debe apuntar a constatar la situación de abandono o vulneración de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, sino debe orientarse a la restitución de los derechos vulnerados gracias a la adopción de medidas que busquen privilegiar que los niños, niñas y adolescentes permanezcan con su familia, por constituir ésta su entorno más cercano, así como por ser ésta responsable de su protección.

7.4. Naturaleza de la autoridad competente para adoptar medidas de protección en casos de situación de abandono

De acuerdo con la legislación internacional, la autoridad competente para adoptar medidas de protección puede ser judicial o administrativa. Es importante precisar que la doctrina¹⁵¹ cuestiona que esta autoridad sea de naturaleza judicial y no administrativa, en

¹⁵⁰ Ver Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, recaída en el Caso Gelman v/s Uruguay. Párrafo 125. En ese mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaída en los casos Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Párrafo 156 – 159 y Masacre de las dos erres vs. Guatemala – Párrafo 187-188; así como en la Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto del 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párrafos 71 – 77.

¹⁵¹ Rodríguez Laura y Blanck Ernesto. “Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección”. En García Méndez, Emilio. “Protección Integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley N° 26.061”. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 183.

razón de que ha generado que se judicialicen los problemas sociales subyacentes a esta situación de vulneración de derechos cuando, en realidad, estos problemas deben ser abordados a partir de políticas sociales de promoción y protección a la familia.

En efecto, si bien el juez termina solucionando los problemas sociales de una determinada situación de vulneración de derechos, ello no es suficiente, pues dichos problemas sociales seguirán existiendo mientras no sean tomados en cuenta en el diseño de las políticas sociales. Por ende, será necesario que el Estado asuma su obligación de promoción y protección a la familia, principalmente su rol de garante de los derechos de la niñez y adolescencia.

Con la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes, nuestro ordenamiento capta la doctrina de la protección integral y deja de lado la doctrina de la situación irregular. Con este cambio de perspectiva, el menor deja de ser objeto de compasión y represión y pasa a ser sujeto de derechos.

El Código de los Niños y Adolescentes, tiene en cuenta los principios de la Constitución Política del Estado Peruano, así como la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas internacionales, las cuales establecen que el Estado protege de manera especial al niño y al adolescente como sujetos de derechos y protección en su condición de personas en desarrollo. En tal sentido se ha establecido una normatividad exclusiva para los menores infractores, quienes son pasibles de medidas de protección (niño y adolescente menor de 14 años) o socioeducativas (adolescente mayor de 14 años), perfectamente diferenciadas del menor en presunto estado de abandono pasibles de medidas de protección de acuerdo a su situación.

Conforme nuestro Código de los Niños y Adolescente, se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad, y adolescente desde los 12 hasta los 18 años de edad.

De acuerdo al texto original del Código de los Niños y Adolescentes, el niño (hasta los 12 años de edad) era pasible de medidas de protección y el adolescente (de 12 hasta los 18 años de edad) era pasible de medidas socioeducativas, del mismo modo que el adulto de penas. Así la responsabilidad penal se iniciaba con la adolescencia, esto es al cumplir los 12 años de edad.

Pero el Decreto Legislativo 990, modificó esto y elevó acertadamente el límite inferior de la edad de intervención del sistema de responsabilidad penal de los 12 a los 14 años de edad, aceptándose la modificación propuesta por el CERIAJUS. Para Alessandro Baratta nos encontramos en ambos casos con una intervención penal frente a una responsabilidad penal, por ser tanto la pena como la medida socio educativa: a) una respuesta a la realización culpable de una figura delictiva perpetrada por un adulto o un adolescente y b) por significar ambas una restricción de derechos y en consecuencia una sanción negativa.

Lo que lleva a concluir que las medidas, son una pena disfrazada de otro nombre, pero que no pierde su contenido esencialmente punitivo y sancionador y por lo tanto no deja de ser una pena. Ahora, si bien esta pena restringe derechos y libertades, esta no tiene la misma naturaleza que la pena aplicada para un adulto y menos tiene un sentido negativo como nos dice Baratta, ya que el Código de los Niños y Adolescentes no se ocuparía de establecer las mismas, sino que al menor se le impondría las mismas penas que las del adulto ya señaladas en el Código Penal, pues lo contrario significaría que el legislador estaría trabajando en dos dispositivos legales cuando se puede aplicar uno solo. El tratamiento especial del menor de edad responde a su condición, cuyo estado físico, psicológico y social está en proceso de formación y desarrollo, pues si su conducta ha sido contraria a ley, es necesario revisar las circunstancias que lo llevaron a la misma, lo cual no implica desaparecer su responsabilidad, sino atenuarla, para que el Estado como ente protector, puede a través de sus dispositivos y organismos enderezar esa conducta desviada y consiga los fines de la doctrina integral, esto es, que el menor sujeto de todos los derechos se inserte en una sociedad y contribuya con la misma.

De lo que se infiere que las medidas son una clase de pena de naturaleza totalmente distinta de las previstas para los adultos en Código Penal, motivo por el cual están contenidas en un ordenamiento especial, debido a la calidad y naturaleza del sujeto a las que van dirigidas, esto es a menores de edad. La aplicación de eufemismos responde a la protección al menor que el Código de los Niños y Adolescentes brinda al menor.

Además debe considerarse que si bien el Código Penal no hace referencia a la aplicación de medidas para los menores infractores, se debe a que su dación es del año 1991, es decir anterior a la entrada en vigencia del Código de los Niños y Adolescentes, en el año 1993. De lo contrario el Código Penal haría referencia a las medidas como penas dentro del sistema penal juvenil.

A continuación veamos las medidas aplicables a menores de edad infractores de la ley penal:

a) Las **medidas de protección** que se aplica al niño que comete infracción a la ley penal están previstas en el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 242 y las diferencian de las medidas de protección al niño y adolescente en presunto estado de abandono. El código no las define únicamente las detalla y se imponen en función a la edad del menor infractor, esto es a los menores de 14 años de edad.

Conforme a lo dicho anteriormente se tendría que el Código en este caso lo que hace es encubrir una sanción, disfrazándola con el nombre de medida de protección. Pues el menor de 14 años es considerado infractor de acuerdo a lo establecido en los artículos 183 y 184 y por lo tanto merecedor de una pena a la que se le llama medida de protección, debido a que existe un nexo causal entre la medida de protección y la infracción. Consecuentemente según este análisis se considera que el niño y adolescente menor de 14 años, según nuestro código no estaría excluido del sistema de responsabilidad penal, ya que de estarlo no le sería pasible ni siquiera la imposición de la medida de protección por el solo hecho de estar excluido y/o por la comisión de un hecho frente al cual no tendría

responsabilidad penal. Salvo que el legislador se refiera al procedimiento seguido, proceso tutelar en lugar de un proceso de investigación penal.

Sin embargo, conforme se advierte del artículo 243, las medidas de protección de las que son pasibles el niño y adolescente en presunto estado de abandono, serían las mismas – con variaciones mínimas, pero no trascendentales y con excepción de la adopción (inciso e) del artículo bajo comentario) – a las medidas de protección señaladas en el artículo 242 de las que serían pasibles el menor que comete infracción a la ley penal. En este sentido, el Código de los Niños y Adolescentes sub divide a los niños y adolescentes pasibles de medidas de protección en dos grupos: El primero formado por los que han cometido infracción a la ley penal a quienes el Juez les puede aplicar las medidas de protección (artículo 242) y el segundo formado por los que no habiendo cometido infracción a la ley penal se encuentran en alguna de las causales señaladas en el artículo 248 del citado código, a quienes el MIMP puede aplicar alguna de las medidas de protección (Artículo 243).

De modo que ello, puede llevar a confusiones, pues a pesar que se distinguen al menor infractor del menor en estado de abandono, en las medidas aplicables a los mismos no hay diferencias. Por lo que podemos decir que hay una diferenciación no diferenciada. “Aunque para quienes consideran que el menor de 14 años está excluido del sistema de responsabilidad penal, indican que las medidas de protección no solo deben responder a la comisión del ilícito, sino que además deben concurrir causales que la justifiquen”.

De lo expuesto, considero que el niño y adolescente menor de 14 años, no está excluido del sistema de responsabilidad penal, el cual debe entenderse como un sistema independiente y especial, es decir es responsable del hecho ilícito que cometió, pero por su especial condición y estado de desarrollo no se le puede aplicar la misma pena que la de un adolescente mayor de 14 años y menos la de un adulto, sino medidas de protección, por cuanto la situación del menor de 14 es de mayor vulnerabilidad.

b) Las medidas socioeducativas para el adolescente infractor está prevista en el artículo 231 a 235 del Código de los Niños y Adolescentes. El código tampoco las define. Únicamente en el artículo 229 señala que las medidas socioeducativas tienen por objeto la rehabilitación del menor infractor y en el artículo 230 señala que el juez al imponerla tendrá en cuenta la capacidad del adolescente para cumplirla. “Jamás se tomaron en consideración la personalidad del sujeto, los intereses y las necesidades que son propias del ser humano durante su minoría de edad. Y al no ser, como no lo son, aquellos idénticos a los de quien ya adulto es mayor de edad, constatamos una indudable laguna que pasó desapercibida, tanto para la doctrina como para el legislador”¹⁵²

Christian Hernández Alarcón, señala que en la doctrina de la situación irregular sí encuentra un concepto de medida socio educativa, pues indica que según Luís Mendizabal Oses “son aquellas en las que la finalidad esencial no es la de penar ni la de intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular porque fundamentalmente se trata de proteger jurídicamente al menor contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento y contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás, por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida”.¹⁵³ Agrega que en Latinoamérica se ha mantenido el término medida socioeducativa propio de la situación irregular, aún dentro de legislaciones adscritas a la doctrina de la protección integral pues ha existido una resistencia tanto en la ley como en la jurisprudencia de aceptar la naturaleza penal de la medida socioeducativa.

Dice así por ejemplo en nuestro país: la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 29 de setiembre de 1999, en la sentencia de vista del Expediente 183505-1998-0274, del Quinto Juzgado de Familia, declaró nula la resolución que amparó la prescripción de la medida socioeducativa señalando entre sus fundamentos: que “1)

¹⁵² LUIS MENDIZABAL OSES, Derecho de Menores –Teoría General- Ediciones Pirámide S.A., Madrid 1977, pág. 40.

¹⁵³ MENDIZABAL OSES, Luis, “Derecho de Menores, Teoría General”, Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, 1977, p. 61.

Conforme lo señala el inciso c, del artículo 227 del Código de los Niños y adolescentes, la sentencia tratándose de la comisión de hechos delictuosos por menores y adolescentes debe contener una medida socio educativa que se imponga y no se le impone una pena. 2) Las Medidas Socio educativas aplicables a los menores y adolescentes, por su naturaleza no son prescribibles”. La Fiscalía Superior de Familia de Lima, en dicho expediente plasmada en el dictamen 350-99 del 22 de setiembre de 1999, manteniendo el mismo razonamiento y previo a la resolución comentada señaló“... que se debe tener en cuenta que la sanción penal tiene una naturaleza jurídica y una finalidad distinta a la medida socio educativa para los adolescentes, ésta última no es una sanción sino debe entenderse que es un medio por el cual se quiere reeducar al adolescente infractor para su beneficio y reinserción en la sociedad”. Ambas decisiones de los magistrados superiores de nuestro poder judicial relativamente recientes expresan una visión tutelar de la justicia penal juvenil en el poder judicial y el Ministerio Público, donde una de las expresiones más frecuentes de su visión asistencial, es el uso reiterado de eufemismos con los que se pretende encubrir que se está juzgado a un adolescente responsable penalmente por sus actos y pasible de sanciones si es hallado responsable.

Siguiendo el pensamiento del Dr. Mendizabal Oses es necesario precisar que incuestionablemente hay una relación entre los intereses de los menores de edad y los intereses de los mayores de edad, que puede ser: de indiferencia, de equivalencia o de preeminencia.

Cuando la relación no tiene claro el derecho que la establezca, es indiferente; y cuando se proclama la igualdad ante la ley, la relación hace equivalentes los intereses que están en juego. Cuando se está reconociendo la prevalencia de los intereses de los menores de edad por sobre los intereses de los mayores de edad, la relación tiene la característica de preeminencia.

La protección que se entrega al menor de edad en el ámbito jurisdiccional está dimensionada por la conducta, su comportamiento que en determinadas circunstancias lo

puede colocar en una situación de mayor riesgo que la norma infringida, o bien sus carencias que coartan su libertad y hieren su dignidad.

Son los niños que deambulan por las grandes ciudades, abandonados, vagos, mendigos, cuidadores de autos, drogadictos, vendedores ambulantes, y en tantas otras actividades. Es el juez de menores a quien corresponde decidir, en un proceso ágil y garantista la o las medidas de protección para un menor de edad que, respetando los derechos fundamentales que consagra la Convención de los Derechos del Niño sea capaz de privilegiar por sobre el derecho a la libertad, el derecho a una vida con toda dignidad que le corresponde a la persona humana para que desde allí empiece a disfrutar de su libertad.

Así mismo Hernández Alarcón, nos dice, nosotros hemos opinado al respecto, señalando que atribuirle a la medida socio educativo una naturaleza distinta a la penal atenta contra su esencia misma, ya que los nombres no cambia los contenidos en ellos. Además, decisiones como la comentada, representan un retroceso a la doctrina de la situación irregular, la cual aunque parece superada en todos los foros en los que se habla del tema, mantiene su vigencia en la legislación y en la praxis judicial. Señalando que para Baratta, este maquillaje terminológico es muy peligroso, especialmente para los adolescentes pues va en desmedro del gran valor pedagógico que tiene el hecho de comprender las consecuencias que para sí mismos tienen sus actos y su responsabilidad frente a ellos; pues solamente reconociendo la naturaleza restrictiva de derechos de la medida socio educativa podemos asegurarle al adolescente tanto en el proceso como en la ejecución de las medidas las garantías de justicia que no deben ser menores sino mayores a las que goza el infractor adulto.

Después de lo detallado, la posición que se toma respecto a este tema es que no importa la denominación que se le otorgue a la sanción que se aplica al menor infractor, lo importante es que ésta no pierda el sentido de su finalidad y su naturaleza, esto es, que es una sanción o pena (aunque su finalidad sea la de reeducar al adolescente) ante una conducta que lesiona un bien jurídico y por lo tanto constituye un tipo penal previsto como delito o falta, acción que si resulta típica, jurídica y culpable de ser castigada previo un

juzgamiento que debe estar inmerso de las garantías de justicia suficientes - incluso mayores a las que goza un adulto- y para esto únicamente deberá de respetarse sus derechos como sujeto de derechos en proceso de desarrollo, en el que además deberá considerarse las deficientes que el adolescente ha tenido en su desarrollo y que tal vez lo han motivado a delinquir algunas veces por necesidad y otras por influencias negativas de adultos.

Asimismo debemos tener en cuenta que el Código establece tomar en consideración el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, pues toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, o del Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás instituciones, así como la acción de la sociedad civil, deberá considerar el respeto a sus derechos.

La actitud funcional exige que jueces, juristas, abogados tengan constantemente en cuenta la relación entre el derecho y la realidad social. En este caso, el procedimiento judicial no constituye un mecanismo propicio para la mediación de los conflictos, o para la autoreflexión de los miembros.

Estos cuestionamientos han determinado una tendencia a la desjudicialización del procedimiento para la adopción de medidas de protección, debe pasar éste a ser asumido por instancias fiscal y/o judicial, que estén vinculadas a los servicios estatales que se destinan a las tareas de evaluación, verificación de la situación socio-familiar de los niñas, niñas o adolescentes, y a la aplicación de las medidas de protección.

El sistema de justicia es el último recurso al que se debería acudir. Por lo tanto, la desjudicialización de las investigaciones a los niños y adolescentes menores de catorce años de edad, es la respuesta a la situación de los menores en conflicto o en riesgo, poniendo en práctica mecanismos que contrarresten y reviertan esta situación a través de otros sectores de la sociedad”.

7.5. Algunos criterios para la adopción y ejecución de las medidas de protección

Tal como se precisa en el Informe Defensorial N° 150, las medidas de protección se deben adoptar sobre la base de los siguientes criterios:

- a) Evitar el desarraigo del medio natural de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes: la familia.
- b) Agotar las medidas alternativas al acogimiento en Centros de Atención Residencial (CAR), debiendo éste ser adoptado de manera residual y como último recurso.
- c) El diseño y aplicación de las medidas de protección deben responder a una visión y organización propia de servicios sociales profesionalizados.
- d) Determinar límites temporales a estas medidas, lo que implica una revisión y evaluación continua y permanente de su ejecución.
- e) Buscar que las carencias familiares de índole económica o material sean atenuadas a través de algún tipo de programa de asistencia o apoyo por parte del Estado.
- f) Las medidas de protección deben articularse con los servicios estatales descentralizados, así como con las políticas sociales nacionales, regionales y, principalmente, locales (municipales), a fin de asegurar su integralidad, eficacia y sostenibilidad.
- g) Buscar que el niño, niña, adolescente y/o la familia en su conjunto accedan a los servicios que el Estado o la comunidad pone a disposición de cualquier otro niño, niña o adolescente sin problemas familiares o sin falta de familia, así como a las redes sociales locales.

Cabe precisar que la regulación normativa de estos criterios es diversa en la legislación latinoamericana. No obstante, es importante que dicha regulación tenga en cuenta lo establecido por los instrumentos internacionales en la materia, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de las Naciones Unidas.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante el sexagésimo cuarto período de sesiones el 30 de octubre del 2009, mediante la Resolución N° 64/142.

7.6. La regulación relativa a la adopción de medidas de protección

a) En la legislación supranacional

La regulación de las medidas de protección está establecida tanto en la legislación internacional como en la legislación comparada.

A nivel internacional, la regulación de estas medidas se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los niños de las Naciones Unidas.

a.1.) La Convención sobre los Derechos del Niño

Que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

a.2.) Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de las Naciones Unidas

Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de las Naciones Unidas, tienen por objeto promover la aplicación de la Convención con relación a la protección y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en peligro de ser privados del cuidado parental.

En ese sentido, ha establecido algunos criterios de actuación frente a la situación de abandono o vulneración de derechos fundamentales de un niño, niña y/o adolescente. Entre las más relevantes corresponde resaltar la obligación estatal, establecida en el párrafo 3º, que está vinculada a *brindar a la familia el acceso a diversas formas de apoyo en su función cuidadora*, toda vez que ésta constituye el medio natural para el crecimiento, bienestar y protección de los niños, niñas y adolescentes. Esto conlleva a que los esfuerzos de intervención busquen lograr la permanencia o regreso de las personas menores de edad a su familia nuclear o extensa.

En tal contexto, el párrafo 32° promueve la aplicación de una serie de *políticas de promoción del cuidado parental*, como aquellas orientadas a enfrentar las causas fundamentales de desprotección, pero garantizando el derecho a la identidad, acceso a viviendas adecuadas, la atención primaria de la salud, los servicios educativos y asistencia social. Así mismo, estipula la promoción de *medidas de lucha contra la pobreza, discriminación, violencia, abuso sexual y marginación*.

De igual modo, el párrafo 33° sugiere que los Estados deberían *elaborar y aplicar políticas para promover y reforzar la capacidad de los padres para cumplir los deberes del cuidado de sus hijos*. Asimismo, el párrafo 34° señala que los Estados deberían aplicar *medidas eficaces para prevenir el abandono y la separación del niño de su familia*, las cuales deberían comprender: a) servicios de mejora del medio familiar; b) servicios de apoyo social; y c) políticas juveniles. En esta misma línea, sugiere la implementación de servicios de apoyo y atención para padres y madres solteros adolescentes (párrafo 36°), para hermanos que hayan perdido a sus padres o cuidadores (párrafo 37°) y servicios de guardería (párrafo 38°).

Por otro lado, establecen la necesidad de proporcionar *capacitación a los maestros y otras personas que trabajan con niños, niñas o adolescentes* para que detecten situaciones de abuso, descuido, explotación o riesgo (párrafo 46°).

En cuanto a la *decisión de separar al niño, niña o adoptada por la autoridad competente*, de conformidad con la normatividad vigente, la cual debe estar *sujeta a revisión judicial*, garantizándose a los padres el derecho a impugnar y contar con asistencia letrada (párrafo 47°), en concordancia con lo establecido por el artículo 9° de la Convención.

Como se puede advertir, los criterios de actuación que proponen las directrices frente a la situación de abandono o vulneración de derechos fundamentales de un niño, niña y/o adolescente son variados y, por ende, se convierten en una guía para los Estados en la

adopción de las medidas de protección, pues éstas, además, son diversas de acuerdo a la realidad de cada país, tal como se verá a continuación.

b.3.) Finalidad de las medidas de protección

La mayoría de las legislaciones alude expresamente a las finalidades de las medidas de protección. Algunas, responden a la protección o preservación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; la salvaguarda de su integridad física y mental; la reparación y restitución de sus derechos vulnerados hasta garantizar su derecho a desarrollarse integralmente en el seno de una familia.

En esa lógica se inscriben las legislaciones de Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, República Dominicana y Venezuela. En los cuerpos normativos de Guatemala, Paraguay y Uruguay no se señala expresamente la finalidad de las medidas de protección. Sin embargo, del texto normativo se desprende que ésta responde también a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como a su restitución.

b.4.) Los tipos de medidas de protección

Las medidas de protección establecidas en las distintas legislaciones no son uniformes por lo que se han agrupado en las siguientes categorías:

- 1) Medidas de apoyo o cuidado dentro del ámbito familiar, consistentes en acciones dirigidas a fortalecer las competencias parentales de los padres, madres, familiares o terceros encargados del cuidado de las personas menores de edad. Se trata de acciones de apoyo o asesoría al entorno familiar, así como las amonestaciones o llamadas de atención.
- 2) Medidas de protección destinadas a garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, cuya finalidad es lograr el acceso al sistema educativo formal.
- 3) Medidas de protección destinadas a garantizar el derecho a la salud (física y psicológica) de los niños, niñas y adolescentes, e inclusive la estabilidad psicológica de la familia en general.

- 4) Medidas de protección que implican el acogimiento en familia sustituta (es decir, acogimiento familiar).
- 5) Medidas de protección que implican el acogimiento residencial, es decir, las que implican la institucionalización excepcional y temporal de los niños, niñas y adolescentes separados de su familia.
- 6) Otras medidas: en este rubro se han incluido diversos tipos de medidas, entre las que destaca la adopción.

Es pertinente precisar que, por lo general, estas medidas no se encuentran sometidas a un plazo de duración, pues pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento.¹⁵⁵ Sin embargo, cuando estas medidas impliquen la separación de la familia, los ordenamientos señalan expresamente su transitoriedad y/o excepcionalidad.¹⁵⁶

Como se puede apreciar, las distintas medidas de protección buscan restablecer y garantizar los derechos amenazados o vulnerados de las personas menores de edad, principalmente dentro del seno de la familia de origen, de modo que, incluso en algunos países (Colombia, Ecuador y Venezuela), la adopción adquiere otro sentido y se incluye como medida de protección excepcional y definitiva, en la medida en que constituye el último eslabón de un procedimiento orientado a garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y vivir en una familia.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Así, por ejemplo, lo menciona el art. 38° de la Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Argentina y el artículo 131° de la Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes de Venezuela.

¹⁵⁶ Por ejemplo, los artículos 57° y 59° del Código de la infancia y la adolescencia de Colombia; el artículo 41° de la Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Argentina.

¹⁵⁷ Al respecto, con relación al caso colombiano, se afirma que: “El derecho a tener una familia cierra su ciclo de restablecimiento no cuando se les declara legalmente abandonados o adoptables, sino cuando el Estado y la sociedad en toda su diligencia encuentran para ese niño o niña una familia que efectivamente les respeta y asegure las condiciones para el ejercicio de sus derechos”, en: Código de la infancia y la adolescencia, Versión Comentada, Unicef, Bogotá, D.C., Colombia, 2007, p. 53. En igual sentido, se pronuncia Mónica González Contró, en Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/6.pdf>. Consulta el 15 de febrero de 2015.

7.7. El principio de proporcionalidad en la medida de protección.

El examen de proporcionalidad de la medida estatal objeto de control será el artículo 242 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes.

Identificación de la medida o acto estatal objeto de control de proporcionalidad.

Distinción entre “disposición” y “norma”

La medida estatal objeto de control de proporcionalidad –que sirve de fundamento a las medidas de protección al niño que cometa infracción a la ley penal, – es el artículo 242º, inciso 2) del Código de los Niños y Adolescentes, que establece “Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: (...) b) **Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; (...)**”.

Al respecto, cabe precisar que conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 00010-2002-AI/TC fundamento 34, con relación a la mencionada distinción entre *disposición* y *norma*, que “en todo precepto legal se puede distinguir: a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y, b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma)”. De la revisión del artículo 242º, inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes (disposición) se desprende la existencia de una variedad de sentidos interpretativos (normas), así por ejemplo, Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: ... b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;... por el equipo multidisciplinario del Poder Judicial (que debería informar cómo se ejecuta, la fase en que se encuentra), por la DEMUNA.

No obstante, dado que el presente es un proceso de control concreto (limitado por tanto a la naturaleza y circunstancias específicas del caso), debe tomarse en consideración, para efectos del control, aquella norma que resulte relevante para la

solución del caso –y que es precisamente la que se ha aplicado en los casos analizados, cuestionados. En este caso concreto tal norma sería la siguiente: Al niño que comete infracción a la ley penal **que no revistan gravedad**, le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: ...
b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; (...).

Examen de idoneidad

En este punto debe identificarse: i) el objetivo y finalidad de relevancia constitucional respecto de la intervención en los derechos fundamentales; y ii) la adecuación de la medida, es decir, verificar si la medida estatal es adecuada o no para lograr la mencionada finalidad de relevancia constitucional.

i) Objetivo y finalidad de la intervención en los derechos fundamentales

Finalidad de la intervención. Bajo este concepto se comprende la finalidad que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de la medida implementada. En este caso concreto, tal decisión es la que establece la medida de protección por infracción a la ley penal fijada mediante resolución judicial. Esta medida suele ser denominada como “intervención” en la estructura del principio de proporcionalidad. Ahora bien, la finalidad implica, a su vez, dos aspectos: el *objetivo* y el *fin*. El *objetivo* es el estado de cosas que pretende lograrse con la medida (intervención) normativa. El *fin* es el derecho, principio o valor constitucional que justifica dicha intervención. Para determinar el *objetivo*, esto es, el estado de cosas en que el respectivo legislador pretendió a través del establecimiento de la fijación de la medida de protección a los niños por infracción a la ley penal, fijadas en una sentencia, es importante verificar, entre otros aspectos, la exposición de motivos tanto del Libro VIII, sobre Medidas de Protección del Código de los Niños y Adolescentes, como del aludido artículo 242° inciso b) del mismo cuerpo normativo:

Artículo

“(...) En el Derecho (...)”.

Convención de los Derechos del Niño “(...) ”.

De este modo, el *objetivo* de la disposición que establece la Convención de los Derechos del Niño, es entonces impedir (...).

Ahora bien, este objetivo se justifica con la prosecución de determinados principios, derechos constitucionales tales como el derecho a la igualdad y la no discriminación, los cuales se desprenden de la fórmula de Estado de Derecho contenida en los artículos 2º inciso 1 y 55º de la Constitución. Así las cosas, se advierte que el *objetivo* de la disposición legal cuestionada se justifica en la prosecución de *fin*es que tienen cobertura constitucional.

ii) Adecuación de la medida

Se trata ahora de determinar si la medida adoptada, esto es, la aplicación de la Medida de Protección establecida en una sentencia, es adecuada o conducente al *objetivo* del artículo 242º, inciso b) del CNA cuestionado. La respuesta es afirmativa. El objetivo de impedir situaciones de indefinición respecto de Programa de Protección. Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Es importante destacar que la verificación sobre si una determinada medida estatal es adecuada o no para lograr un objetivo basado en un fin de relevancia constitucional no implica un pronunciamiento respecto de si tal medida es la mejor, o no, o si es necesaria, o no, pues tal pronunciamiento recién se realizará en el siguiente examen (el de necesidad).

Examen de necesidad

Dado que la medida cuestionada ha superado el examen de idoneidad, corresponde ahora indagar si supera también el examen de necesidad. Bajo este examen se analiza si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sea en menor intensidad. Se trata de comparaciones entre medios (relación medio-medio). De un lado, el medio estatal cuestionado, y de otro lado otros medios alternativos (hipotéticos) que se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin de relevancia constitucional. Por ello, los medios alternativos han de ser igualmente idóneos. En el caso se trata entonces de examinar si frente a la medida adoptada por el legislador –la aplicación de la medida de Protección respecto de comisión de infracción a la ley penal, fijada en una sentencia–, existe medida alternativa apta para alcanzar el *objetivo* de impedir situaciones

de vulneración a sus derechos a la igualdad ante la ley, a la dignidad personal; a contribuir en el desarrollo de su formación integral, a prevenir hechos similares; a la inacción por parte del Estado.

Sobre el particular A mayor abundamiento, en el caso de adolescentes se aplica la Remisión y en el caso de adultos se aplica el Principio de Oportunidad, conforme lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal; por lo tanto estamos obligados a interpretar favor homine “a igual razón, igual derecho”, “quien puede lo más, puede lo menos”. De modo tal, que enfatizamos la actividades pedagógicas, apoyo del Equipo Multidisciplinario del M.P.

Por tanto, habiéndose verificado que la medida estatal examinada no supera el examen de necesidad, y consecuentemente que tal medio restringe injustificadamente los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a recibir un programa de protección, debe declararse la inconstitucionalidad de tal medida estatal (norma o sentido interpretativo), por resultar incompatible con la Constitución, con la Convención de los Derechos del Niño – el bloque de constitucionalidad, tratados internacionales, principio de convencionalidad.

Examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

Pese a haberse determinado que la medida estatal examinada no supera el examen de necesidad; y en consecuencia, es inconstitucional, cabe, adicionalmente, someter tal medida al examen de ponderación. Conforme a éste se establece una relación según la cual *cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*.

En el presente caso, la intensidad de la intervención en el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a recibir Medida de Protección – en una sentencia– es *grave*, mientras que el grado de optimización o realización del fin constitucional (igualdad ante la ley y No Discriminación) es *elevado*. Es decir, en la intervención examinada, mientras el grado de optimización de la igualdad ante

la ley y no discriminación es *elevado*.

Si bien lo antes expuesto podría indicar que la medida estatal examinada se encuentra justificada (debido a que existe un *elevado* grado de realización de la igualdad ante la ley y no discriminación frente a una *grave* restricción del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir programa de protección –determinados en una sentencia–), dada la naturaleza del presente caso, en el que precisamente se encuentran involucrados los derechos fundamentales de los niños (as) adolescentes y atendiendo que de la Norma Fundamental (artículo 4º) se desprende el principio constitucional de protección del interés superior del niño y del adolescente, entonces tal aparente empate debe ser resuelto a favor de los derechos de niños, niñas y adolescentes, de modo que la medida estatal cuestionada no supera tampoco el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, debiendo, como ya se ha afirmado antes, declararse inconstitucional.

En suma, la aludida medida estatal examinada (norma el sentido interpretativo del artículo 242º, inciso b del Código de los Niños y Adolescentes, que establece: *Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: ... b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social*), al no superar los exámenes de necesidad y ponderación resulta incompatible con la Norma Fundamental, existiendo otras medidas tales como aquella contenida en el artículo 206º del Código de los Niños y Adolescentes –que establece “*El Fiscal podrá disponer la Remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el PROMUDEH o las instituciones autorizadas por éste y, si fuera el caso, procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sido perjudicado.*”

CAPÍTULO VIII

RESULTADOS, ANALISIS DE RESULTADOS Y DISCUSION

8.1. Aspectos metodológicos de la investigación de campo

El trabajo de investigación se ha realizado del examen y análisis de los expedientes judiciales, y casos fiscales que se han registrado en los 4 Juzgados Especializados de Familia del Distrito Judicial de Lambayeque, y Distrito Fiscal de Lambayeque, correspondientes a los años 2011 hasta 17 de julio del 2015, utilizando para la Contratación el diseño gráfico de barra, el fichaje, técnica de gabinete documental, fichas bibliográficas y electrónicas; proporcionadas por la Oficina de Administración del Módulo Corporativo de Apoyo a los Juzgados Especializados de Familia, Departamento de Estadística del Poder Judicial del Distrito Judicial de Lambayeque y el sistema de información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF) del Distrito Fiscal de Lambayeque.

8.2. Resultados; análisis de los resultados y discusión.

En materia de estadística es importante determinar qué datos se estiman relevantes; precisar cuáles son los procedimientos para su recolección y, finalmente, cuáles son los fines u objetivos que se persigue al ejecutar un programa o acción estadística, en tanto ésta no es un fin en sí misma, sino una manera ordenada de obtener información cierta. En ese sentido cabe señalar que la información que proporciona una muestra estadística levantada sobre datos genéricos propiciaría una visión de conjunto acerca de lo que es la organización del Poder Judicial y Ministerio Público o acerca de cómo es la Administración de Justicia en líneas generales, ciertamente indispensables para la formulación de la política general. De tal forma que la estadística realizada sobre situaciones, hechos específicos

(infracción a la ley penal de los menores), en cambio, es útil para conocer la magnitud de una situación problemática singular identificada, verificar los resultados de una acción realizada o facilitar la ejecución. Su recolección responde a las necesidades de información precisa en un proceso de investigación con objetivos establecidos.

En cuanto al procedimiento que se ha seguido en la recolección de datos pueden considerarse dos aspectos: a) el costo de la aplicación de recursos materiales y humanos con tal objeto, y b) las reglas y criterios establecidos para la recolección, es decir la determinación de la amplitud de la muestra, su frecuencia, calidad y contenido. Debe haber racionalidad en los costos y una relación de medio a fin entre los procedimientos y los resultados, siendo que para el cumplimiento de dichos fines. Se han seleccionados los datos relevantes en relación con el fin y se ha establecido los procedimientos de acuerdo a los lineamientos de política judicial en el largo, mediano y corto plazo. Es claro que los resultados estadísticos serán útiles en la medida en que sirvan para la formulación o ejecución de tales políticas que tiendan mejorar el sistema de la administración de justicia del país.

De la información proporcionadas por el Departamento de Estadísticas, Oficina de Administración - Área de Informática de la Corte Superior de Chiclayo y del área de informática del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Chiclayo, se tienen que durante los años 2011 al 2015, se han tramitado la cantidad de 906 expedientes, cuya investigación penal versan sobre infracción a la ley penal cometidos por menores de edad, cuya conductas antisociales están referidos a hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal contra el Estado, siendo que las infracciones de mayor incidencia son: contra la defensa nacional, infracción contra el patrimonio, infracción contra el patrimonio cultural, infracción contra la libertad sexual, infracción contra la salud pública, infracción contra la seguridad pública, infracción contra la vida el cuerpo y la salud, tenencia ilegal de arma y tráfico ilícito de drogas, cometido por menores de 18 años de edad, conforme se aprecia de los gráfico, que a continuación se presentan, lo que hace

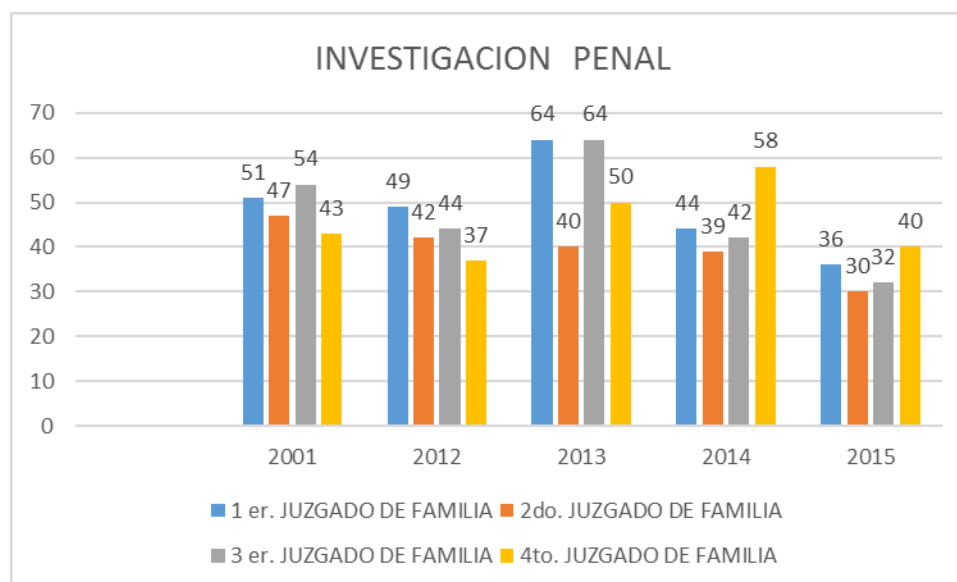
urgente adoptar medidas correctivas y políticas públicas de prevención a efecto de erradicar este fenómeno toda vez que la delincuencia juvenil es uno de los problemas criminológicos que crece cada día más, es una de las acciones socialmente negativas que pone en riesgo la seguridad pública de la sociedad, así mismo va contra las buenas costumbres ya establecidas por la sociedad.

El objetivo de la presente capítulo de análisis de resultados es lograr que el Ministerio Público cuente con información contable, oportuna y de calidad sobre la criminalidad en la región de Lambayeque, permitiendo una mejor comprensión de ésta, afín de contribuir a la toma de decisiones que incidan en la prevención y persecución estratégica del delito. Esta información está orientada al fortalecimiento de la política institucional del Ministerio Público, ya que la información es proporcionada por los fiscales, jueces y por los órganos de apoyo a nivel nacional.

GRÁFICO N° 01

CANTIDAD DE DEMANDAS INGRESADAS POR INSTANCIA EN MATERIA PENAL

JUZGADOS DE FAMILIA	2001	2012	2013	2014	2015	
1 er. JUZGADO DE FAMILIA	51	49	64	44	36	
2do. JUZGADO DE FAMILIA	47	42	40	39	30	
3 er. JUZGADO DE FAMILIA	54	44	64	42	32	
4to. JUZGADO DE FAMILIA	43	37	50	58	40	
TOTAL	195	172	218	183	138	906



En Gráfico se evidencia que las infracciones a la ley penal en los últimos 5 años, en los 4 Juzgados de Familia de Chiclayo han registrado un total 906 casos, siendo que en el año 2015, se han incrementado los casos, toda vez que hasta el mes de julio ya registran un alto índice de infracciones a la ley penal, lo cual preocupa por cuanto a este ritmo las infracciones a la ley penal superan largamente a los años anteriores, lo que demuestra que se tienen que adoptar medidas urgentes a efectos de erradicarlos.

GRÁFICO N° 02

INFRACCIONES CON MAYOR INCIDENCIA EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS

TIPO PENAL	2011	2012	2013	2014	2015
INFRACCIÓN CONTRA EL PATRIMONIO	108	94	134	109	102
INFRACCIÓN CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	20	18	24	18	9
INFRACCIÓN CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD	33	36	38	31	9
TENENCIA ILEGAL DE ARMA	8	1	2	3	2
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	4	3	4	1	1
OTROS	22	20	18	21	15
TOTAL	195	172	220	183	138



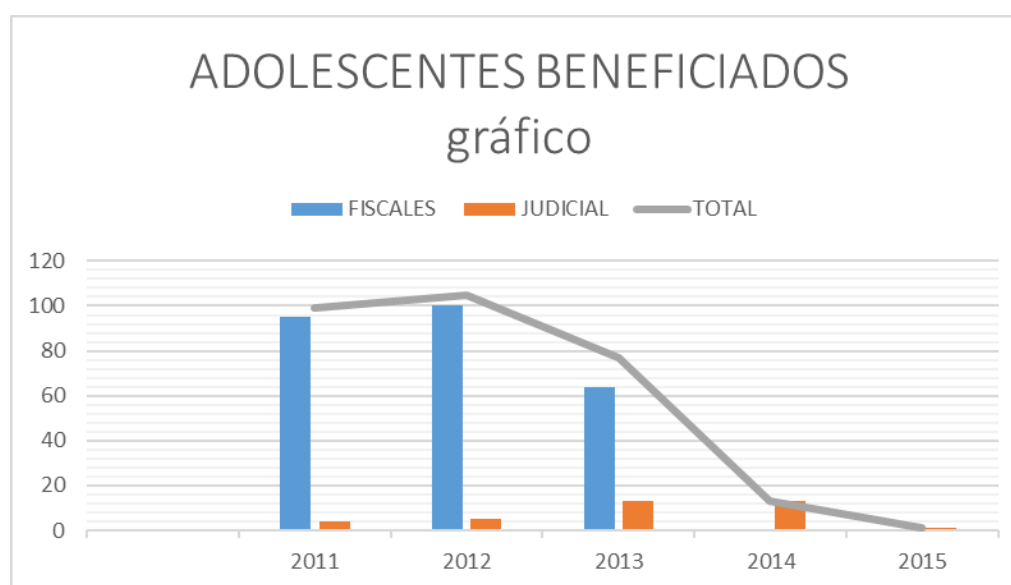
Fuente: Poder Judicial Corte Superior de Justicia de Lambayeque

Del gráfico N° 02 se demuestra que en los últimos 5 años las infracciones con mayor incidencia son los delitos contra el patrimonio con un total de 557 casos, lo sigue las infracciones contra la vida el cuerpo y la salud en la cual se han registrado un total de 147 casos y la infracción contra la libertad sexual con total 89 casos, siendo con menor incidencia y casi nula en las infracciones de tenencia ilegal de arma, tráfico ilícito de drogas y contra el patrimonio cultural.

GRÁFICO N° 03

ADOLESCENTES BENEFICIADOS CON REMISIÓN FISCAL Y JUDICIAL

NÚMERO DE REMISIONES	AÑOS				
	2011	2012	2013	2014	2015
FISCALES	95	100	64		
JUDICIAL	4	5	13	13	1
TOTAL	99	105	77	13	1



Fuentes: FUNDACION TERRE DES HOMMES

En gráfico N° 03 se advierte los adolescentes que han sido beneficiados con la remisión fiscal y judicial desde el año 2011 al 2015 en un total de 295 infractores, sin embargo

también es de precisar que en los 2014 y 2015 han decaído en la aplicación de los beneficios con la remisión siendo en el año 2015 solamente haberse aplicado un solo caso hasta el mes de julio, lo cual demuestra que no hay voluntad política para la aplicación de la Remisión Funciona como alternativa al proceso judicial en sí mismo es una auténtica salida alternativa frente a una respuesta punitiva que impone el Estado. En la Remisión el objetivo es derivar a los Adolescentes infractores a programas educativos. Y su finalidad es rescatar al adolescente que ha cometido una infracción y recuperarlos para la sociedad.

La justicia restaurativa tiene mayores ventajas y beneficios que la justicia tradicional, por lo siguiente:

- El adolescente que ha cometido la infracción tiene una mayor comprensión de los efectos perniciosos que ha causado su comportamiento; enfrenta las consecuencias y busca reparar el daño ocasionado; entiende los problemas que han condicionado el hecho y se compromete a seguir un plan o programa para revertirlos; finalmente, el esfuerzo realizado para reparar el daño le devuelve la confianza y se le brinda el apoyo necesario para reintegrarse en su comunidad.
- La persona que ha sufrido el daño, como consecuencia de una infracción cometida por un adolescente, no sólo es restaurada en su dignidad personal y reparada por el daño sufrido; además participa activamente en los procesos de solución. La restauración de la persona se da principalmente a través del reconocimiento del hecho y la expresión de una sincera disculpa por parte del adolescente responsable; y la reparación del daño se da a través de la restitución, el resarcimiento o la compensación por el daño sufrido.
- La comunidad, que también se ha sentido afectada por la infracción, restablece el sentido de confianza y seguridad a partir de que la persona que cometió la infracción se ha hecho responsable y ha reparado el daño tanto a la víctima como a la propia comunidad, y además porque ambas personas se han reintegrado en la comunidad. La comunidad participa tanto en los procesos de solución, como en el seguimiento y la reintegración.
- El sistema de justicia se fortalece porque confirma el respeto a las normas reguladoras de la convivencia social, se reducen los niveles de reincidencia de los adolescentes en conflicto con la ley, hay un alto grado de satisfacción en las personas que han sido afectadas por la infracción y hay una reducción significativa de la carga procesal, lo que mejora el funcionamiento del sistema. Todo ello permite cumplir con los estándares internacionales en materia de justicia juvenil.

GRÁFICO N° 04

PROGRAMA DE JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA

casos	AÑOS					total
	2011	2012	2013	2014	2015	
Números de casos atendidos ACLP	60	287	238	229	85	899
Números de casos atendidos PADRES	120	574	476	458	170	1798
Atendidos proceso de evaluación psicosocial	180	861	714	687	255	2697
Número de Remisiones concedidas	26	97	120	98	32	373
Número de denunciados	22	139	86	8	10	265
Número de Archivados	12	41	231	1	0	285
Número de Reinterancias	7	12	5	4	2	30
Total	427	2011	1870	1485	554	



FUENTE: Área de Informática del Ministerio Público

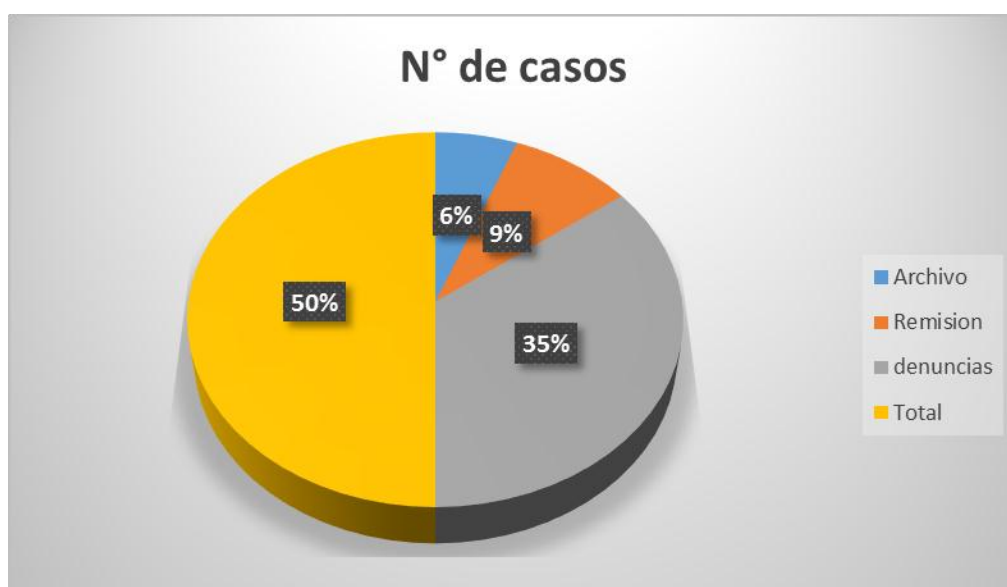
Del gráfico N° 04 se advierte que los programas de justicia penal restaurativa, se han atendido con el proceso de evaluación psicología 2697 casos, 1798 números de caos atendidos a los padres y 285 casos archivados , evidenciándose que los efectos del Programa Justicia Juvenil Restaurativa Disminuye significativamente la reincidencia, por cuanto posibilita la percepción de seguridad por parte de la población, legitima y posiciona el trabajo de los Fiscales y Equipos

Interdisciplinarios (mayor presencia de Estado) así como optimiza los recursos del Estado en la atención de adolescentes bajo el enfoque de JJR, frente a las medidas en espacio cerrado. Y de igual modo posibilita la Inclusión Social como política de Estado.

GRÁFICO N° 05

NÚMERO DE CASOS POR ESTADO POR AÑO

Estados de casos	N° de casos
Archivo	20
Remisión	30
Denuncias	120
Total	170



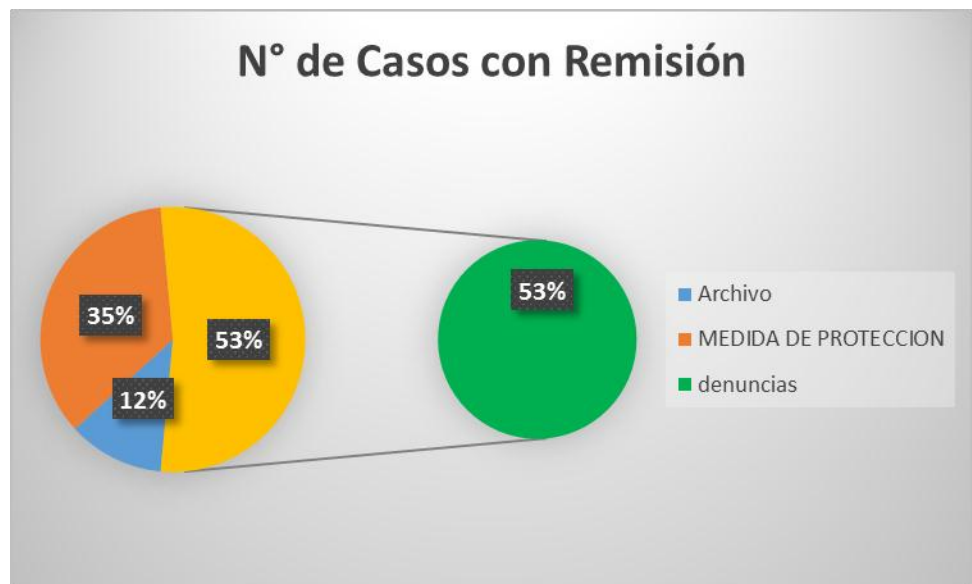
Fuente: Sistema de informática indicadores del Ministerio Público

Del gráfico N° 05 se aprecia que en un año se registran aproximadamente 180 casos de los cuales 120 se denuncian, en 30 se aplican por remisión y 20 se archivan, estos datos corresponden a procesos que comprenden a infractores a la ley penal cuyas edades oscilan entre los 14 y 18 años de edad. Lo cual denota un alto porcentaje de judicialización.

GRÁFICO N° 06

NÚMERO DE CASOS EN LA QUE SE APLICARÍA LA REMISIÓN

Estados de casos	N° de casos
Archivo	20
MEDIDA DE PROTECCIÓN	60
Denuncias	90
Total	170



Fuente: Sistema de informática indicadores del Ministerio Público

Del gráfico N° 06 se puede advertir que el 35% de casos serían resueltos a través de la medida de protección lo que implicaría que solamente serían judicializado las infracciones la ley penal que revista gravedad. Con ello se estaría evitando judicializar el hecho que el representante del Ministerio Público al conceder las medidas de protección a nivel de la fiscalía de familia o solicitar al juez la aplicación de la medida de protección y que éste proceda conforme a la terminación anticipada, con ello se estaría revictimizando y darle un trato digno de acorde con lo dispuesto por los instrumentos internacionales del cual el Perú es parte.

Examinado los datos tenemos, la existencia de un elevado índice de infractores a la ley penal, en el distrito judicial de Lambayeque y si bien los procesos se

encuentran judicializados, la norma actual no permite que el Fiscal de familia dicte medida de protección vulnerándose así los derechos constitucionales de los menores cuyas edades comprendan a los menores de 14 años, ello al amparo de lo previsto en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño que expresamente recomienda a los Estados partes la mínima judicialización debido a que los menores no tiene de capacidad de responsabilidad, siendo ello así, los menores de catorce años no pueden ser procesados como los adolescentes y adultos.

La medida de protección busca evitar los efectos negativos a los niños que puede acarrearle un proceso judicial, ofrecer la oportunidad al niño y adolescente menor de 14 años de cambiar su conducta, mediante un programa de orientación. Procurar el resarcimiento del daño producido a la víctima de la infracción a la Ley penal.

8.3. Fundamento de la modificación de la norma.

Consciente del real problema la cual conlleva un sistema de responsabilidad penal juvenil es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando dicho sistema tenga una naturaleza garantista y sus disposiciones guarden conformidad con la doctrina de protección integral reconocido en el artículo 4º de la Constitución Política.

En ese sentido, el artículo 37º de la Convención sobre los Derechos del Niño ha precisado los parámetros mínimos que los Estados deberán respetar para el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil. En estas situaciones, la Convención establece de forma clara, expresa y manifiesta que la privación de la libertad debe ser la medida de último recurso. En lo que concierne al caso que nos ocupa, se debe resaltar los siguientes principios, que son de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano:

Ningún niño o niña será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de

conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Todo niño o niña privado de su libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Si bien se permite la privación de la libertad del niño y adolescente en colisión con la ley penal como una medida excepcional, la adecuada implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil debe contar un mecanismo garantista que tenga como eje la reintegración del niño y adolescente a la sociedad. Ninguna medida de internamiento podrá implicar la denegatoria en el acceso al estudio o al servicio básico de salud y nutrición del niño y adolescente y, mucho menos, el quiebre del vínculo familiar.

En nuestro país, el Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes regula el sistema de administración de justicia especializada en el niño y el adolescente, estableciendo un procedimiento especial determinando en el caso de infracción a la ley penal

Está demostrado que en el Código de los Niños y Adolescentes existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su

comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo es, ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes.

Que, en ese contexto debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar su rehabilitación buscando permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

La Fiscalía de Familia como ente rector de la problemática de los niños, niñas y adolescentes y estando a que en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 990, se precisa que la finalidad de su creación es para prevenir, investigar y combatir a la delincuencia, y en vez de aminorar (agrarar) la edad desde la cual deba aplicarse la medida socio educativa, por el contrario eleva el rango de edad para aplicar una medida de protección, se encontraría orientado a que sea el Ministerio Público el encargado de velar por dichos procesos.

Que, la excepción establecida en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes se encontraría en clara contradicción con los principios que establece la Constitución Política del Perú, esto es, a la igualdad y a la no discriminación en todo sentido, si es además dicho Ente el encargado de aplicar medidas de protección.

8.4. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación se elaboró considerando una hipótesis en el sentido que: Es deber del Estado la aplicación de programas de protección fiscal a los niños y adolescentes menores de catorce años de edad infractores a la ley penal que no revistan gravedad, conforme la doctrina de protección integral y a la luz del bloque de constitucionalidad, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales dirigidos al logro de su bienestar integral del niño y además el Estado incurre en responsabilidad

internacional.

Luego de haber realizado la investigación de carácter teórico y práctico estoy en las condiciones de hacer la contrastación de la hipótesis planteada al inicio de nuestra labor intelectual y así tenemos como resultado:

Respecto:

A) Derecho Constitucional Peruano y el Bloque de Constitucionalidad.

Considerando: Cuando por la ratificación, se opera la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la superlegalidad es generalmente entendida como la adquisición de valor constitucional de los principios y disposiciones correspondientes. La vía de integración de la normativa internacional y regional sobre los derechos humanos al bloque de constitucionalidad, a través del procedimiento ordinario de ratificación de los tratados es de vital importancia en la presente investigación.

1. Que, el Perú como parte de la Convención sobre Los Derechos del Niño ha reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, en promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
2. Reconociéndose que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. El Estado tiene el deber de prepararlo para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

3. Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.
4. Que, el Estado tiene el deber de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño a la luz del bloque de constitucionalidad.
5. Que, la Justicia y los derechos de los menores en caso de ser sospechoso o declarado culpable de un delito, el Estado debe respetar sus derechos fundamentales. Su edad debe ser tomada en cuenta y todas las acciones deben realizarse de manera que puedan reinsertarte en la sociedad en buenas condiciones.
6. Que, de la investigación se ha determinado que por mandato constitucional y de los tratados internacionales del cual es parte el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

B) Referente a los Principios básicos para la Protección Integral en Derechos Humanos a Niños y Adolescentes:

Destacan cuatro principios básicos de la Protección integral, que a continuación se indican:

1. La Igualdad o No discriminación:

Que es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.

Este principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la propia Convención que lo trae como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños. Consecuentemente no debe haber distinción para negar o conceder derechos,

2. El Interés Superior del Niño:

Se trata de un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Es decir constituye un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención.

3. La Efectividad y Prioridad Absoluta:

El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero además, y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños.

Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.

4. La Participación solidaria o principio de solidaridad:

El Principio de solidaridad, como se ve, debe interpretarse en conjunción con el de efectividad y prioridad absoluta, porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. De manera alguna quiere decir que esta orientación sea

imposición, por cuanto siempre debe ser entendida como coadyuvante acción del ejercicio per se del niño.

Una respuesta inoportuna, inadecuada e inefectiva por parte del sistema de justicia es perjudicial para la situación del adolescente, su familia y la comunidad, en la medida que no interrumpe o evita futuras infracciones a la ley penal y la afectación de los derechos de otras personas. Algo de eso está ocurriendo con la respuesta que el Estado brinda a los adolescentes en conflicto con la ley penal; el sistema de protección no logra atender anticipadamente las condiciones personales y sociales que influyen en el comportamiento antisocial; y el sistema de justicia, a pesar de los esfuerzos que se realizan, no logran dar un tratamiento adecuado y efectivo, por lo que urgen cambios sustantivos en el tratamiento de la infracción adolescente.

En efecto, los adolescentes acusados y/o detenidos por infringir la ley, carecen de una defensa pública efectiva que garantice el respeto a sus derechos en las distintas etapas del proceso judicial: investigación y proceso. Esta ausencia de una defensa efectiva de sus derechos los hace vulnerables al maltrato, al abuso y a la corrupción, compromete su situación jurídica y limita sus posibilidades de cambio y reintegración social.

Además, los limitados servicios para la aplicación de los programas de orientación y las medidas socioeducativas en medio abierto, condicionan las decisiones de los operadores de justicia (fiscales y jueces) hacia una mayor judicialización de los casos y un mayor uso de la medida de internación. Esto ha traído como consecuencia que el 68.4% de los adolescentes con medidas socioeducativas estén privados de su libertad, lo cual contradice las recomendaciones de las Naciones Unidas. Los Centros Juveniles, a pesar de los esfuerzos que se vienen realizando, se encuentran sobrepoblados y con limitados recursos humanos y económicos para una atención adecuada.

Por otro lado, es importante considerar el desamparo en que se encuentran tanto las personas afectadas por la infracción, con secuelas lamentables que afectan su calidad de vida, como la propia comunidad que incrementa su sensación de inseguridad y se ve obligada a restringir sus actividades con graves consecuencias sociales y económicas.

En el paradigma de protección integral y en los instrumentos que lo conforman encontramos claramente definidos los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes que nos permiten aproximarnos con claridad al proyecto social de Protección que propone y reconoce como obligación de todos los Estados que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Código de los Niños y Adolescentes existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo es, ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Tratamiento que causa grave perjuicio al niño, adolescente infractor comprendido hasta los catorce años de edad, tratándose en forma desigual con los infractores mayores de catorce años quienes gozan de mayor beneficio que los menores de catorce años. Requiriéndose para ello su inmediata respuesta jurídica.

Es deber del Estado la aplicación de Programa de Protección Fiscal a los Niños y Adolescentes menores de catorce años que cometan infracción a la ley

penal que no revista gravedad, para evitar revictimizar al niño(a), adolescente investigado, conforme la Doctrina de Protección Integral y a la luz del bloque de Constitucionalidad.

Que, el Estado para procurar la máxima satisfacción de los derechos del niño— por mandato constitucional, previsto en los artículos 4, 51, 55 de la Constitución Política del Estado, bajo el Principio del Interés Superior del Niño, brindar un tratamiento especial cuando los menores de edad se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, cuyo tratamiento Tutelar desigual (a los adolescentes de 14 a 18 años de edad se les aplica el beneficio de la Remisión; en tanto a los adultos se les concede el Principio de Oportunidad) siendo que dicha medida revictimiza a los investigados y consecuentemente transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, la igualdad, la libertad y seguridad; por lo que el tratamiento debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales.

Que, en la presente investigación se ha llegado a contrastar con la hipótesis planteada, concluyendo que el tema investigado tiene repercusión jurídica y social, con trascendencia nacional e internacional, debido a que el nivel de adecuación de nuestra legislación penal juvenil, específicamente en lo referente a las medidas de protección al Niño y Adolescente no es consonante con la Doctrina de la Protección Integral y el Interés Superior del Niño y los instrumentos internacionales que la sustentan, debido que las garantías sustantivas, procesales y de ejecución del sistema de justicia penal juvenil no están de acuerdo con los instrumentos internacionales. Trayendo como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales tales como la integridad moral psíquica, física, a su libre desarrollo y bienestar y otros del niño y adolescente que cometa infracción a la ley penal, a la víctima y la sociedad.

Para lograr la real y efectiva protección de un menor infractor a la ley penal; el Estado peruano debe regular y continuar de manera sostenida y progresiva

adoptar las medidas de carácter legislativo, que permitan regular las leyes internas en cuerpos que respondan a los principios y normas de Derechos Humanos, y consagren los mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos. Toda vez que los Estados parte de la Convención están obligados a emplear y disponer de medidas judiciales que provoquen los cambios de la estructura y de los administradores de justicia, de manera que la práctica forense de los Tribunales de Niños se convierta por una parte en garantía de cumplimiento de los derechos humanos, especialmente a través de los dictámenes de protección, y por la otra, sirva de instrumento jurisdiccional contralor de las violaciones a los derechos de los niños, estableciéndose las situaciones de hecho en las que se violan estos derechos, y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables. Por lo que se puede afirmar que ha quedado comprobado la hipótesis de investigación planteada en el presente trabajo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A.- CONCLUSIONES

Habiendo colegido las ideas claves en el desarrollo del presente trabajo, es menester formular conclusiones sustanciales

1. El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite determinar que la protección integral a los niños, niñas y adolescentes, tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.
2. La intervención de la justicia con los adolescentes en conflicto con la ley penal se sustenta en la necesidad de fortalecer y desarrollar en ellos el sentido de la responsabilidad, que los lleve a entender las consecuencias de sus actos y a reparar el daño, así como hacerse responsables de su propia vida, actual y futura, enfrentando los riesgos y amenazas con el apoyo de su familia y la comunidad.
3. Que, la Protección Integral constituye en la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades siendo su objeto final de la protección, como acción dirigida a un grupo social determinado a niños y adolescentes que entrañe las funciones y acciones intrínsecas de su prosecución socio-jurídica.
4. Que, los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario,

recurrir a la cooperación internacional. Precisándose que actuar con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones.

5. Es deber del Estado la aplicación de Programa de Protección Fiscal a los Niños y Adolescentes menores de catorce años que cometan infracción a la ley penal que no revista gravedad, para evitar revictimizar al niño(a), adolescente investigado, conforme la Doctrina de Protección Integral y a la luz del bloque de Constitucionalidad.
6. En el Código de los Niños y Adolescentes existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada.
7. Que, los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, tiene un trato desigual respecto a los mayores de catorce años y menores de 18 años, quienes gozan de mayor beneficio que los menores de catorce años. por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Requiriéndose para ello su inmediata respuesta jurídica.
8. Que, el Estado través de las autoridades deben brindar las medidas apropiadas y deseables para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e

instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, siendo que la adopción de medidas para tratar a estos niños sean sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

9. La experiencia de la remisión, que consiste en apartar al adolescente del proceso judicial cuando el caso no reviste gravedad y hay disposición en el adolescente y su familia a seguir un programa de orientación, ha demostrado que es un instrumento adecuado, útil y efectivo en los procesos de cambio del adolescente, además que favorece la desjudicialización y disminución de la carga judicial, haciendo que el sistema sea más eficiente y económico.
10. La experiencia nos indica que la respuesta que privilegia la dimensión educativa es más adecuada y eficaz que la intervención punitiva: desde una perspectiva educativa las personas aprenden más y mejor de situaciones gratificantes (estímulos) que de situaciones aflictivas (castigo), y mucho más si son sujetos activos en la propia construcción de conocimientos. En ese sentido, el reparar el daño es para el adolescente sumamente educativo porque constituye una oportunidad para enmendar errores y compensar a otro por los daños ocasionados, es una experiencia reconfortante y gratificante.

B.- RECOMENDACIONES

1. La autora de la presente tesis propone se respete y garantice el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Debemos tener un enfoque de políticas públicas basado en la justicia restaurativa, cuyo propósito de estos lineamientos de política es proponer el enfoque de la justicia restaurativa como marco orientador de las políticas públicas en justicia juvenil. La justicia restaurativa propone y desarrolla respuestas integrales y sistémicas a la infracción y el delito, enfocándose en la reparación del daño, en lugar del castigo, con la participación activa de las personas y las instituciones afectadas e involucradas como los infractores, las víctimas, sus respectivas familias, representantes de la comunidad, operadores de justicia o profesionales sociales, entre otros. Desde esa perspectiva, parte de una visión que asume una responsabilidad compartida entre los miembros de una comunidad para encontrar soluciones a los problemas generados por el delito y la infracción procurando la reparación emocional, material y/o simbólica del daño, el restablecimiento de las relaciones quebrantadas y la reintegración efectiva del infractor y de la víctima.
3. Se debe precisar que la Protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.
4. Debemos fortalecer roles, funciones y responsabilidades de las entidades que conforman el sistema de administración de justicia de adolescentes, estos lineamientos también pretenden identificar, clarificar y proponer roles, funciones y responsabilidades específicas para que cada una de las instituciones que conforman el sistema de justicia juvenil (la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y el Poder Judicial) puedan optimizar su desempeño.

5. Debemos mejorar los mecanismos de coordinación e interacción entre las entidades que conforman el sistema de administración de justicia para adolescentes, a efecto de una respuesta integral y sistémica. Ello significa que hay una necesidad de una mejor y mayor articulación entre los diversos sectores como la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial, y de estos con otros sectores como Educación, Salud y Trabajo. También es importante considerar la participación de los Gobiernos Regionales y Locales, así como las instituciones de la sociedad civil.
6. Por último, la Protección Integral propone un cambio cultural al que estamos obligados todos por igual. En ese sentido, debemos asumir la responsabilidad de iniciar una transformación en nosotros mismos, respecto a todos los mitos peligrosistas y los tratamientos compasivos o represivos hacia la Infancia, entendiendo que los niños, niñas y adolescentes son seres en permanente evolución, son ciudadanos que de acuerdo a la dialéctica de la sociedad y a la evolución de sus condiciones, van participando progresivamente en la misma sociedad que durante muchos años les ha relegado.

PROPUESTA DE LEY

Fundamento de exposición de motivos.

La aspiración y esperanza de la Protección Integral, está en la articulación de todas las acciones del Estado y de la sociedad para garantizar todos los derechos a todos los niños, y el ideal para el goce a plenitud de los derechos humanos. Siendo que el respeto de la dignidad, la vida, la supervivencia, el bienestar, la salud, el desarrollo, la participación y la no discriminación del niño como persona titular de derechos debe afirmarse y defenderse como objetivo primordial de las políticas de protección del niño.

La mejor forma de lograrlo es respetar, proteger y hacer efectivos todos los derechos consagrados en la Convención (y en sus protocolos facultativos). Es necesario adoptar un nuevo paradigma y alejarse de los enfoques de la protección del niño que perciben y tratan a los niños como "objetos" que necesitan asistencia y no como personas titulares de derechos, entre ellos el derecho inalienable a la protección. Un enfoque basado en los derechos del niño da mayor efectividad a los derechos que la Convención reconoce a todos los niños, reforzando la capacidad de los responsables de cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos (art. 4) y la capacidad de los titulares de derechos de reivindicarlos, guiados en todo momento por el derecho a la no discriminación (art. 2), la consideración del interés superior del niño (art. 3, párr. 1), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el respeto de las opiniones del niño (art. 12). Asimismo, los niños tienen derecho a ser orientados y guiados en el ejercicio de sus derechos por sus cuidadores, sus padres y los miembros de la comunidad, de modo acorde con la evolución de sus facultades (art. 5). Se trata de un enfoque holístico que hace hincapié en el apoyo a los puntos fuertes y los recursos del propio niño y de todos los sistemas sociales de que forma parte: la familia, la escuela, la comunidad, las instituciones, y los sistemas religiosos y culturales.

En el Código de los Niños y Adolescentes, existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo es, ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Tratamiento que causa grave perjuicio al niño, adolescente infractor comprendido hasta los catorce años de edad, tratándose en forma desigual con los infractores mayores de catorce años quienes gozan de mayor beneficio que los menores de catorce años. Requiriéndose para ello su inmediata respuesta jurídica.

En ese contexto, medidas de protección a menores infractores a la ley penal desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad” pretende que se regule las medidas de protección a los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido a la ley penal de acuerdo a los estándares internacionales, a la luz del paradigma de la doctrina de protección integral, en principio del interés superior de niño y adolescente, toda vez que en la actualidad su tratamiento legal como infractor, es desigual y discriminatorio frente a los adolescentes mayores de catorce años y adultos, lo cual conlleva la vulneración de sus derechos constitucionales, pues siendo ello así, esta tesis propone adoptar medidas de protección que permitan garantizar el desarrollo biopsico emocional del investigado y así contribuir con su proyecto de vida de manera digna y ser un ciudadano comprometido en el desarrollo de la sociedad. Por cuanto viene generando graves perjuicios económicos a los justiciables y al Estado, por lo que se requiere su modificación y regulación de acuerdo la necesidad y realidad social de acorde con un Estado moderno.

La judicialización de niños y adolescentes menores de catorce años de edad, por haber infringido la ley penal, y no aplicarse la medida de protección a nivel fiscal o judicial contraviene abiertamente a la Convención de los Derechos del Niño, de la cual el Perú es parte, teniendo en cuenta que están en edad crítica formativa de su personalidad, desde el punto de vista psicosocial, la judicialización puede perjudicarles de por vida. Para ellos deben desarrollarse programas de reintegración, prevención y atención.

Artículo 1. Objeto de la Ley

1. Es una obligación de la familia, la sociedad y el Estado, proteger y garantizar el desarrollo de nuestra niñez y adolescencia, como también prevenir el delito, en búsqueda de una sociedad más justa, humana y segura.
2. Constituye un deber del Estado la aplicación de Programa de Protección Fiscal a los Niños y Adolescentes menores de catorce años que cometan infracción a la ley penal que no revista gravedad, para evitar revictimizar al niño(a), adolescente investigado, conforme la Doctrina de Protección Integral y a la luz del bloque de Constitucionalidad.
3. En el marco del Principio del Interés Superior del Niño, se requieren la aplicación de un tratamiento especial cuando los menores de edad se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, cuyo tratamiento Tutelar desigual (a los adolescentes de 14 a 18 años de edad se les aplica el beneficio de la Remisión; en tanto a los adultos se les concede el Principio de Oportunidad) siendo que dicha medida revictimiza a los investigados y consecuentemente transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, la igualdad, la libertad y seguridad; por lo que el tratamiento debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales del cual el Perú es parte

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

“Artículo 206-A.- Del archivamiento de los actuados

El Fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la ley penal no reviste gravedad y el adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, por habersele resarcido el daño.”

Texto propuesto:

“Artículo 206-A.- Del archivamiento de los actuados

El Fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la ley penal no reviste gravedad y el niño o adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, por habersele resarcido el daño.”

MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL NIÑO QUE COMETA INFRACCIÓN A LA LEY PENAL

Artículo 242.- Protección.-

Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Texto propuesto:

MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL NIÑO QUE COMETA INFRACCIÓN A LA LEY PENAL

Artículo 242.- Protección.-

Al niño y adolescente que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Podrá el fiscal especializado aplicar el inciso a) o b) cuando la infracción a la ley penal no revista gravedad.

Proyecto de ley.

ARTÍCULO 1º- Sustituyese el artículo 206-A del Código de los Niños y Adolescentes, por el siguiente:

Artículo 206-A.- Del archivamiento de los actuados

El Fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la ley penal no reviste gravedad y el niño o adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, por habersele resarcido el daño.”

ARTÍCULO 2º- Sustituyese el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, por el siguiente:

MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL NIÑO QUE COMETA INFRACCIÓN A LA LEY PENAL

Artículo 242.- Protección.-

Al niño y adolescente que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Podrá el fiscal especializado aplicar el inciso a) o b) cuando la infracción a la ley penal no revista gravedad.

ARTÍCULO 2º- Deróguense todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

ARTÍCULO 3º. (Vigencia y Reglamentación General).

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

BIBLIOGRAFIA

Academia de la Magistratura, “XIV Curso Internacional de Especialización Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”. Educación a distancia y presencial - Material de Lectura. Lima, Perú. 2011.

Academia de la Magistratura, Educación Semi presencial - Material de Lectura: “Derecho de la Infancia”, Parte 1, Lima – Perú. 2012.

Academia de la Magistratura, Educación a Distancia - Material de Lectura: “Familia, Niños, Adolescentes y Constitución” Lima, Perú. 2012.

Academia de la Magistratura, Educación a Distancia - Material de Lectura: “Curso Fundamentos de la Justicia Restaurativa”. Lima, Perú. 2013.

AGUILAR, CAVALLO Gonzalo: “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. 2008.

ALASTUEY Dobon, C. “La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales”. Valencia: Tirant lo Blanch. España. 2000.

ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. España. 1997.

ALFAGEME, Erika; CANTOS, Raquel; MARTÍNEZ, Marta: “De la participación al protagonismo infantil”. Plataforma de Organizaciones de Infancia, Madrid. 2004.

ÁLVAREZ, Atilio. ¿Neoretribucionismo o Justicia Juvenil restaurativa? En Justicia para crecer N° 1. Lima, 2006.

ÁLVAREZ, Atilio. “La Remisión, del Pacto de San José de Costa Rica a la C.D.N”. en Revista Justicia Para Creer N°2. Lima- Perú. Abril -Junio 2006.

ÁLVAREZ, M.; MENDOZA, V.; PARRA, S. y RODRÍGUEZ, M.: “Gotas de luz”. Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, 2009.

ÁLVAREZ, M.; CORZO, L.; LOUIS, E.; PARRA, S. y QUINTERO, J.: “*Pescadores de ilusiones. Niños y jóvenes infractores de la ley penal*”. Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, 2007.

ÁLVAREZ, M.; CORZO, L.; MENDOZA, V.; PARRA, S. y RODRÍGUEZ, M.: “*Semillas de cristal. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, alcances y diagnóstico*”. Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, 2008.

ÁLVAREZ OLAZÁBAL, Elvira María. “Aproximándonos al vigésimo aniversario de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En Primer Concurso Nacional de ensayos jurídicos. Amag. Lima- Perú. 2009.

ÁLVAREZ RAMOS, F. “Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores”. En: Revista de Servicios Sociales N° 39. Madrid. 2001.

ÁLVAREZ RAMOS, F. "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales". En *International e-Journal of Criminal Science*, núm. 2, artículo 3. Madrid. 2008.

ARIZA SANTA MARÍA, Rosembert. “*Antecedentes de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, MASC. Antecedentes históricos en Colombia*”. 2011. (consultado 4 de feb. 2014). Disponible en: <http://masc.usta.edu.co>

ARROYO, Álvaro; VERNAZZA, Lucía; RETAMOSO, Alejandro: “Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay”. Montevideo. UNICEF, 2004.

AYO FERNÁNDEZ, Manuel. “Las garantías del menor infractor.” Editorial: Aranzadi. España. 2004.

BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. En Revista Chilena de Derecho, vol. 28, N° 2. 2001.

BAÑOL BETANCUR, Alejandro. “Justicia Restaurativa, una dinámica social” Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, Medellín, 2006.

BARATTA, Alessandro. “Infancia y democracia”, en Emilio García Méndez, E. y M. Beloff (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Tercera edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, D.C. – Colombia, 2004.

BARONA VILAR, Silvia “Mediación penal, fundamento, fines y régimen jurídico” Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

BAYÓN, F. “Juventud y prisión”. *Revista de estudios de juventud*, N° 69, Madrid, 2005.

BELOFF, Mary. “Los Derechos del Niño en el sistema interamericano”. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

BELOFF, Mary. “Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular”, en Mary Beloff. Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano, Editores del Puerto, 2005.

BELOFF MARY. “Luces y Sombras de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos Del Niño”. En Justicia y Derechos del Niño. N° 9 UNICEF. 2007.

BELOFF, Mary. “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. Justicia y Derechos del Niño” N° 2, Buenos Aires, UNICEF, 2000.

BELOFF, Mary. “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos”. Justicia y Derechos del Niño N° 3, Buenos Aires, UNICEF, 2001.

BERGALLI, Roberto. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en Bergalli, R. Coord. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2003.

BERMUDEZ TAPIA, Manuel. “Derecho Procesal de Familia”. Editorial San Marcos. Lima, 2012.

BERNALES Enrique, EGUIGUREN PRAELI, Francisco. RUBIO CORREA, Marcial. PUCP Fondo editorial. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. Lima Perú. 2010.

BERNUZ, M.J. “Ciudadanía y juventud”, en Bernuz, M.J. y Susín, R. coords. *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y de exclusión*. Universidad de La Rioja. 2003.

BERRÍOS, GONZALO: “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en Revista de Estudios de la Justicia N° 6, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2005.

BIOCCA Stella M. “Interés Superior del niño”. En Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel. Lección IX. “La responsabilidad penal de los menores”.
GARCIA Martín, Luis (coordinador) Lecciones de consecuencias jurídicas del delito,
Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

BURGOS MATA, Álvaro. “Manual de Derecho Penal Juvenil Costarricense”. Tomo I. San
Joaquín de Flores: Departamento de Artes Gráficas, 2009.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental. Edición corregida y
aumentada. Editorial Heliasta. Argentina, 2013.

CANALES CAMA Carolina. “La dignidad de la persona humana en el ordenamiento
jurídico constitucional peruano”. Consultado el 11 de febrero de 2015. En:
<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Carolina%20Canales%20Cama.pdf>

CARRANZA E. y MAXERA R., “Los sistemas de justicia penal juvenil en América Latina.
Análisis comparado”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*, 2005.

CERETTI, Adolfo. “Mediación Penal y Justicia. Encontrar una norma”. En Pedro R. David
(coordinador) “Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation”, Lexis Nexis, Buenos
Aires, 2005.

CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos: "La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad
penal de los menores", Editorial Bosch, Barcelona 2001.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo
penal”. Justicia y Derechos del Niño N° 3, Buenos Aires, UNICEF, 2001.

CILLERO BRUÑOL, Miguel: “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección
efectiva”. En Justicia y derechos del niño N°3, UNICEF, Buenos Aires, 2001.

CILLERO BRUÑOL Miguel. “El Interés Superior del Niño. En el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En Justicia y Derechos del Niño. N° 9. Chile. 2009.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. UNICEF & AMAG. Lima. 2011.

COLOMER HERNANDEZ Ignacio; FERNANDEZ FUSTES María Dolores, GONZALEZ PILLADO Esther. “Mediación con Menores Infractores en España y los Países de su entorno”. Tirant lo Blanch, 2012.

COQUILLAT VICENTE, Ángela. “Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”. Valencia 5° edición. Tirant lo Blanch, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002.

COUSO SALAS, Jaime: “*El nuevo proceso penal y los imputados menores de edad. Estudio exploratorio acerca de los resultados del primer año de aplicación en las regiones de Coquimbo y la Araucanía*”. En Revista de Derechos del Niño N°1, Universidad Diego Portales-UNICEF, Santiago, 2002.

COUSO SALAS, Jaime. “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído”, en Revista de Derechos del Niño, N° 4, UNICEF- Universidad Diego Portales, 2006.

COUSO SALAS, Jaime. “Principio educativo y (re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil”. En Justicia y Derechos del Niño. Unicef. Santiago, 2006.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: “*El nuevo Derecho penal de menores*”, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. “El adolescente infractor a la ley penal” editorial Grijley, Lima, 2007.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. “Los Derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Editorial Grijley. 2012.

D’ANTONIO Daniel Hugo. “El menor ante el delito”. Editorial Astrea y Depalma. Buenos Aires. 2009.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 51: Sistema Penal Juvenil en el Perú” Lima.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 123 “La Situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal privados de libertad” Lima, Perú, 2007.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 153: “Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención”. Lima, Perú. 2011.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 157: “Sistema Penal Juvenil” Perú, Lima. 2012.

DÍAZ AGUADO, M. J. “Prevención de la violencia y lucha contra la exclusión desde la adolescencia”. Madrid: Instituto de la Juventud. 2004.

DÍAZ AGUADO, M.J. “El acoso escolar y la prevención de la violencia desde la familia”. Comunidad. Madrid. 2006.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel y LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. “El proceso Penal de Menores”. En: “Derecho Penal Juvenil”, editorial Dykinson, Madrid. 2007.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: “Sistema de derechos fundamentales”. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: “*La nueva responsabilidad penal del menor (comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*”. Ediciones Revista General del Derecho, 2000.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: “*Comentarios a la Legislación Penal de Menores*”, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2007.

DOMENECH, Ernesto, *Adecuación de la Legislación Local a la Convención de los Derechos del Niño. El Caso de la Provincia de Buenos Aires (Argentina)*. En: “Anuario de Justicia de Menores”, Nº I, 2001, Editorial Astigi S.L., Sevilla – España.

DE LA FUENTE, V. Domingo “Justicia Restaurativa y mediación penal”. Revista de Derecho Penal LEX NOVA, 2008.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián: “Introducción al nuevo sistema procesal penal”. Vol. 1, Universidad Diego Portales, 2002.

DÜNKEL, Frieder. “El futuro de la justicia juvenil – perspectivas europeas”. En Justicia y Derechos del Niño Nº10. Unicef. Bogotá- Colombia. 2008.

GIMÉNEZ-SALINAS, E. “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, en *Eguzkilo*, núm. 10, País Vasco, 1996, pág. 207. Sobre las potencialidades de los programas de mediación-reparación con menores de edad, *Vid.* L. E. MORÁS, “Desafíos y oportunidades en la administración de justicia de menores”, en *Herramientas*, núm. 1, año 1, 2000.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther. “*La Valoración del Interés del Menor en la LO 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*”. En: “Anuario de Justicia de Menores” Nº II, Editorial Astigi S.L., Sevilla – España. 2002.

FLORIANA ESCOBAR, Ronald. “El menor transgresor de la ley penal y su alternativa en mediación”. Ediciones Usta. Bogotá. Colombia. 2012.

FREITES, BARROS, Luisa Mercedes: “La Convención Internacional de Derechos del Niño”. Revista Educeres, Artículos Arbitrados, Venezuela, Setiembre de 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Tolerancia, dignidad y democracia”. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2006.

GARCÍA GONZÁLEZ Aristeo La Dignidad Humana: “Núcleo Duro de los Derechos Humanos”. Consultado el 12 de febrero de 2015. En: <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>

GARCÍA MÉNDEZ: Emilio: “Infancia. De los derechos y de la justicia”. Editores del Puerto. 2º Edición actualizada. Buenos Aires, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía”, en, “Infancia. De los Derechos y de la Justicia”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. “Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Emilio García Méndez, E. y M. Beloff (comps.), Tercera edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, D.C. – Colombia, 2004.

GARCÍA PÉREZ, O. “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”. En: Actualidad Penal, N° 32. 2000.

GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo: “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. XIV Curso Internacional de Especialización en Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño. UNICEF & AMAG. 2011.

GARRIDO GENOVÉS, V., E. LÓPEZ, T. SILVA, M^a J. LÓPEZ y P. MOLINA. “El modelo de la competencia social de la Ley de Menores. Cómo predecir y evaluar para la intervención educativa”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

GARRIDO, V. “Los fundamentos científicos de la Ley de responsabilidad penal del menor”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE*, N° 53. Madrid. 2001.

GARRIDO, V. “Violencia contra ascendientes”, ponencia en *¿Menores y violencia? Curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza*. Jaca. 2006.

GIL DOMÍNGUEZ Andrés, FAMA María Victoria, HERRERA “Derecho Constitucional de la Familia”. T.I 1ra edición, Buenos Aires; Ediar. 2006.

GIMÉNEZ-SALINAS, E. “La Mediación en el Sistema de Justicia Juvenil: Una Visión Desde el Derecho Comparado», *EGUZKILORE*, 10, 1996, págs. 193-212.

GIMÉNEZ- SALINAS y COLOMER, Esther: “La Justicia Juvenil en España: Un Modelo Diferente”, en Martín López, María Teresa (Coord.): “La Responsabilidad Penal de los Menores”, Colección Estudios N° 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001.

GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés. “Responsabilidad Penal del adolescente”. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2012.

HÄBERLE, Peter. “La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional”. Lima: pucp Fondo Editorial - Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 2001.

HALL GARCÍA Ana Paola. “La Responsabilidad Penal del Menor”. Bogotá. Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2004.

HERNÁNDEZ ALARCÓN Christian. Material Autoinstructivo. “Curso Fundamentos de la Justicia Restaurativa. Academia de la Magistratura. Agosto 2013.

HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (Coord.): “El Sistema Español de Justicia Juvenil” Edit. Dykinson, Madrid, 2002.

HERRERA, Marisa. “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, en Justicia y Derechos del Niño Nro. 11, UNICEF, primera edición, Santiago de Chile, Octubre de 2009.

HERRERO HERRERO, César “Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico” Dykinson, Madrid, 2005.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “De la dignidad y de los derechos humanos”. Una introducción al pensar analógico. Bogotá: Temis – Universidad de La Sabana, 2005,

ILUNDAIN Mirta “El interés superior del niño (Lo importante es el intérprete)”. En La Familia en el nuevo derecho/Aída Kemelmajer de Carlucci. Argentina. Rubinzal- Culzoni, 2009.

JIMÉNEZ, D. “El enemiguito. Justicia penal para niños”, en *Acciones e investigaciones sociales*, Revista de la Escuela Universitaria de Estudios Sociales, N° 21, Universidad de Zaragoza. 2005.

JIMÉNEZ, D. e ICHASO, J. “El negocio de los niños delinquidos. Un episodio reciente de la reforma en Zaragoza”, *Revista de diálogo social*, N° 12. 2005.

Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de la niñez, 2011.

KANT Immanuel: “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”. Edición bilingüe y traducción de José. Mardomingo. Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: “Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad” edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.

LANDROVE DIAZ, Gerardo: “*Introducción al derecho penal de menores*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

MARTÍN, J; CANO, F; DAPENA, J. “*Justicia restauradora: mediación penal para adultos y juvenil*”. Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. 2010.

MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: “Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado” en (Coord.): “La Responsabilidad Penal de los Menores”, Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001.

MERA, A. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. Revista Ius et Praxis, Año 15, Número 2. 2009.

MINYERSKY, Nelly: “Capacidad Progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño” Publicado en Grosman, Cecilia (Dir.) y Herrera, Marisa (Coord.) Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

MONTERO HERNANZ, Tomás: “*La justicia juvenil en España: comentarios y reflexiones*”, Editorial La Ley, Madrid, 2009.

MONTERO HERNANZ, Tomás: *“El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”*, Nº 7473, de Diario La Ley. De 22 de septiembre de 2010.

MONTERO HERNANZ, Tomás: *“Legislación penal juvenil comentada y concordada”*, Editorial La Ley, Madrid, 2011.

MORA ALARCÓN, José Antonio: *“Derecho penal y procesal de menores, doctrina y jurisprudencia y formularios”*, Editorial Tirat lo Blanch, Valencia 2002.

MORALES CÓRDOVA, Hugo. “Estándares internacionales, buenas prácticas y evidencias científicas par el diseño, Políticas Públicas de Prevención y Tratamiento de la Delincuencia Juvenil en América Latina”. Un análisis en una muestra de 50 países del mundo. Workpaper Nº 312.WBG: WDC, 2012.

MORÓN DÍAZ, Fabio. “La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social”. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires. 2000

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *“Derecho Penal de Menores: Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”*. Editorial Bosch, Barcelona 2003.

NAVAS RIAL, Claudio Roberto. *“Los Menores y el Derecho Penal en la República Argentina*. En: “Anuario de Justicia de Menores”, Nº II. Editorial Astigi, S.L., Sevilla – España. 2002.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Manual sobre programas de justicia restaurativa. Oficina Contra la Droga y el Delito. Viena. 2006.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a Rosario: “*Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000, reformada por la LO 8/2006, y a su Reglamento*”. Editorial Boch, Barcelona 2007.

PABÓN PARRA, Pedro Alonso. “Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2007.

PARRA, M. RODRÍGUEZ y L. CORZO, *Semillas de cristal. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, alcances y diagnóstico*, Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, Bogotá, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho”. Madrid: Dykinson, 2002

PÉREZ JIMÉNEZ, F. “*Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*”. Valencia. Tirant lo Blanch. 2006.

PELLEGRINI Victoria María, “Una importante determinación en concreto del “interés superior del niño”. Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia / Lexis-Nexis. Vol. 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”. 8ª Edición, Madrid, Tecnos, 2005

PLÁCIDO VILCACHAGUA Alex F. Material Autoinstructivo “Familia, niños, adolescentes y Constitución”. Academia de la Magistratura. Lima- Perú. 2012.

REDONDO ILLESCAS, Santiago y Antonio ANDRES PUEYO. “La psicología de la delincuencia”. En Revista del Consejo General de Colegios de Psicólogos: Papeles del Psicólogo, Vol. 28 (3), 2007, pág. 150.

RODRÍGUEZ ORTIZ, Lina Alexandra. “La delincuencia juvenil no es cuentos de niños”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2011.

SAMPEDRO ARRUBLA, J.A. ¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa? *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*. 2005.

SALADO OSUNA, Ana. *Algunas Reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de Agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relativa a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”*. En: “Anuario de Justicia de Menores”, N° II, Editorial Astigi. S.L., Sevilla – España, 2002.

SARMIENTO SANTANDER Gloria. “Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes”. Fiscalía General de la Nación, Bogotá Colombia. Diciembre 2008.

SOLÓRZANO, Justo. “La Ley de protección integral de la niñez y adolescencia una aproximación a sus principios, derechos y garantías en Guatemala”, Guatemala: Ed. Superiores, S.A., 2004.

SOLARI Néstor Eliseo. “La niñez y sus nuevos paradigmas”. Buenos Aires. Fondo editorial Derecho y Economía. 2002.

SOLÓRZANO, Justo. “Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial”. 2da. Impresión, Guatemala: Artgrafic de Guatemala, 2004.

TAMARIT, J. M.: “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en VV.AA., *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

TAMARIT, J. M. “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en VV.AA., *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002.

TEJEIRO, Enrique Carlos: “Del Control Social de la Infancia”, Revista de Derecho; Universidad del Norte, Colombia, 2004.

TIFFER, C. “Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de la libertad en la justicia penal juvenil” en TIFFER, C., LLOBET, J., DÜNKEL, F. Derecho Penal Juvenil, ILANUD, DAAD, Costa Rica, 2002.

TIFFER, C. “Justicia Penal Juvenil. Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas”, en Derecho Penal Juvenil, ILANUD, DAAD, San José, Costa Rica, 2002.

UNESCO. Informe de seguimiento de la educación para todos en el mundo. París. 2005.

USECHE BOHÓRQUEZ, Carolina. “El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia, 2012.

VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique. “Tratado de Derecho de Familia”. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2011

VÁSQUEZ BERMEJO, Oscar “¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa, en Justicia para Crecer, diciembre 2005.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: “*Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*”, Editorial Colex, Madrid, 2003.

VÁSQUEZ González, Carlos, *Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)*. Revista de Derecho (Valdivia), vol.14, p.135-158. ISSN 0718-0950. Chile, julio 2003.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos y SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores: “*Derecho Penal Juvenil*”, 2^a edición, Editorial Dykinson, 2007.

VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, et. al. "Apuntamientos para un derecho de los menores de edad en conflicto con la ley penal". Revista Académica de la Facultad de Derecho de Universidad La Salle. México, enero 2007, Año IV, N° 8.

VILLAVICENCIO, Luis; MILLÁN, Patricio, "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", *Revista de Derechos del Niño* N° 1, Universidad Diego Portales/ UNICEF, Santiago, 2002.

WACHTEL, T. Definiendo que es restaurativo. International Institute for Restorative Practices. 2013. consultado el 24/02/2015 de <http://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>

ZAFFARONI, E. R., *El discurso feminista y el poder punitivo*, en Birgin, H. (comp.), Las trampas del poder punitivo. El género y el Derecho Penal, Buenos Aires, Biblos. 2000.

ZAFARONI Raúl Eugenio. En Infancia y Poder Punitivo, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF Buenos Aires, 2003.

Zehr, H. (2002). The Little Book of Restorative Justice. Good Books, Intercourse. Traducción propia Pág. 5. En: Manual de Herramientas en Prácticas y Justicia Restaurativa. Ob. Cit. Pág. 10.

REVISTAS:

Derechos del Niño Número Dos. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Área de Argentina, Chile y Uruguay. Director: Jaime Couso. 2003.

Comité de los Derechos del Niño (2006). Observación General No. 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes. 2006.

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 8. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile, noviembre 2006.

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 9. UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Agosto 2007.

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 10. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santa Fe de Bogotá, Colombia Septiembre de 2008.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 0010-2002-AI 03 de enero de 2003 concepto de dignidad.

EXP. N° 0895-2001-AA del 19 de agosto del 2002 dignidad en relación con la cláusula de desarrollo de nuevos derechos.

EXP. N° 2273-2005-PHC 20 de abril de 2006 dignidad como principio y como derecho fundamental.

EXP. N° 0030-2005-PI 02 de febrero de 2006 dignidad como parámetro de interpretación de la Constitución.

EXP. N° 0042-2004-AI, de 11 de agosto de 2005, Caso Corrida de Toros. (fund. 2 y 3).

EXP. N° 1417-2005-AA/TC del 08 de julio de 2005

EXP. N° 7451-2005-PHC/TC del 17 de octubre del 2005.

EXP. N° 03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto de 2008.

EXP. N° 1817-2009-HC/TC

ANEXOS